

٧٧١٠٠٧

تقديم جنس الإنسان

٧٧١٠٠٧

دراسة في القانون الجنائي و الشريعة الإسلامية

رسالة تقدم بها
محمود عاصم عصام محمود

إلى مجلس كلية القانون بجامعة بغداد وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير
في القانون الجنائي

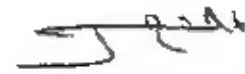
بإشراف الدكتور
جمال إبراهيم الحيدري

الإهداء

الى مهجة القلب والدتي العزيزة ...
والى روح والدي حباً وإجلالاً ...
والى زوجتي وأولادي كل الوفاء و المحبة ...
والى اخواني وأخواتي فخراً و اعتزازاً ...

بسم الله الرحمن الرحيم

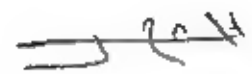
اشهد بان إعداد هذه الرسالة الموسومة بـ (تفسير جنس الإنسان - دراسة في القانون الجنائي والشرعية الإسلامية) قد جرى تحت إشرافي في كلية القانون جامعة بغداد ، وهي جزء من متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون.

التوقيع: 

الاسم: الدكتور جمال إبراهيم الحيدري

التاريخ: ٢٠٠٤ / ٩ / ١٢

بناء على التوصية المتوفرة أعلاه أرفع هذه الرسالة للمناقشة .

التوقيع: 

الاسم : الدكتور جمال إبراهيم الحيدري

رئيس القسم الجنائي

التاريخ: ٢٠٠٤ / ٩ / ١٢

بسم الله الرحمن الرحيم

إقرار لجنة مناقشة

نشهد بأننا أعضاء لجنة المناقشة قد اطلعنا على هذه الرسالة الموسومة بـ (تغير جنس الإنسان - دراسة في القانون الجنائي والشرعية الإسلامية) وناقشنا الطالب (محمود عاصم عصام محمود) في محتوياتها وماله علاقة بها ، ونعتقد بأنها جديرة بالقبول لنيل درجة الماجستير في القانون وبتقدير (٩٠ / %).

 التوقيع :

الاسم : الدكتور ضاري خليل محمود

عضواً وخبراً

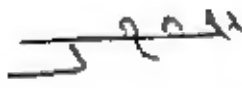
التاريخ : ٢٠٠٤ / ٩ / ١٢

 التوقيع :

الاسم : أ. د. حسن عودة زغال

رئيس اللجنة

التاريخ : ٢٠٠٤ / ٩ / ١٢

 التوقيع :

الاسم : أ. م. د. جمال إبراهيم الحيدري

عضواً (المشرف)

التاريخ : ٢٠٠٤ / ٩ / ١٢

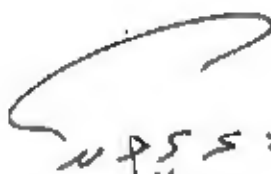
 التوقيع :

الاسم : أ. د. عبد الأمير القاسبي

عضواً

التاريخ : ٢٠٠٤ / ٩ / ١٢

صدقت من قبل مجلس كلية القانون - جامعة بغداد .

 التوقيع :

الدكتور علي عبد الجبلاوي

عميد كلية القانون

التاريخ : ٢٠٠٤ / ٩ / ١٢

شكر وتقدير

واجب الوفاء بنحتم علي ان اقدم وافر الشكر والعرفان وعظيم الامتنان لاساذي المشرف الدكتور جمال ابراهيم (رئيس قسم القوانين الجنائي - كلية القانون - جامعة بغداد) على جهوده الكريمة ودعمه المتواصل لآخراج هذه الرسالة على افضل وجه ممكن، حيث كان لملاحظاته الدقيقة وتوجيهاته السديدة اعلى الاثر واطيبه، إذ شرفني بالاشراف على هذه الرسالة بجهد مخلص وامين منذ بدء الكتابة ولحين اكمال مستلزماتها البحثية سائلا المولى القدير ان يزيده رفعة وعلمًا إذ كانت ملاحظاته غاية الضبط والاتقان.

كما اتقدم بالشكر والامتنان الى العراق الذي يعمل ولا يزال على إنهاض الأمة بتشر العلم لتسمو لاعلى المراتب، اكرمنا للاستفادة من علومه ومعارفه وقبلها ارغبنا في الوفود اليه. واستقبلنا واهله استقبالا عظيما وكانوا وما زالوا أهلا وأصدقاء وأخوة ونعم الأهل والأصدقاء والأخوة.

وانه لمن دواعي سروري وسعادتني وقبلها شكري الجزيل ان استذكر المواقف الطيبة لكل الأساتذة والأخوة والزملاء الذين اسهموا في دعم وانجاز هذه الرسالة او تقديم المراجع والمصادر و أخص منهم بالذكر للشكر والتقدير:

الدكتور ضياء الدين الصالحي والدكتور ضاري خليل محمود والمرحوم الغائب الحاضر الدكتور حارث الحارثي والشيخ عبد المجيد البياتي (أمام وخطيب مسجد الرشيد في الزعفرانية) والشيخان ابو رامي وابو محمد والسيد أنيس ريان وزملائي المحامي ثائر العاني والمحامي فوزي حميد والطبيب أديب المتولي والطبيبة حفصة النعيمي والسادة موظفي المكتبات كل من منتسبي المكتبة الوطنية والمكتبة المركزية - جامعة بغداد ومكتبة كلية القانون - جامعة بغداد والسادة موظفي مكتبة عبد الحميد شومان ومكتبة المرحوم الدكتور رشدي عليان.

واخيرا اتقدم بالشكر والاحترام العميق الى أخي ورفيق دربي ولید عاصم الذي كان ولا يزال سندا لي في هذه الحياة سائلا المولى القدير ان يعدد خطاه فجزاه الله تعالى عني خير الجزاء.

والشكر أولا وأخيرا وابتداءً وانتهاءً لله عز وجل داعيا منه ان يمكنني من رد الجميل لكل من قدم لي يد العون والله ولي التوفيق .

الباحث

المحتويات

المقدمة	الموضوع	رقم الصفحة
	الفصل الأول : ماهية تغيير الجنس	١
	المبحث الأول : مفهوم تغيير الجنس	٦
	المطلب الأول : تحديد نوع الجنس	٦
	الفرع الأول : معيار العلامات الظاهرة والباطنة	٧
	الفرع الثاني : المعيار البايولوجي	١٠
	الفرع الثالث : المعيار النفسي	١٢
	الفرع الرابع : الموقف الشرعي والقانوني من تحديد جنس الإنسان	١٤
	أولا : موقف الشريعة الإسلامية من تحديد جنس الإنسان	١٤
	ثانيا : الموقف القانوني من تحديد جنس الإنسان	١٦
	المطلب الثاني : معنى فعل التغيير	١٧
	المطلب الثالث : كيفية تغيير جنس الإنسان	٢١
	المبحث الثاني : تمييز تغيير الجنس مما يشبهه به	٢٣
	المطلب الأول : الشذوذ الجنسي	٢٣
	الفرع الأول : أسباب الشذوذ وصوره	٢٤
	أولا : أسباب الشذوذ الجنسي	٢٥
	أ. النظريات البايولوجية	٢٥
	ب. النظريات البيئية	٢٥
	ثانيا : صور الشذوذ الجنسي	٢٦
	الفرع الثاني : موقف الشريعة الإسلامية من الشذوذ الجنسي	٢٧
	الفرع الثالث : أوجه الاختلاف بين تغيير جنس الإنسان والشذوذ الجنسي	٢٨
	المطلب الثاني : تصحيح جنس الإنسان	٣٠
	الفرع الأول : معنى تصحيح جنس الإنسان	٣٠
	الفرع الثاني : ضوابط تصحيح جنس الإنسان	٣١
	أولا : أعراض المرض	٣١
	ثانيا : شروط تقديم طلب التصحيح	٣٢
	ثالثا : المراحل العلاجية	٣٢

رقم الصفحة	الموضوع
٣٣	الفرع الثالث : لوجه الاختلاف بين تغيير الجنس وتصحيح جنس الانسان
٣٤	المطلب الثالث : الخنثى وبعض الشذوذات
٣٤	الفرع الاول : معنى الخنثى
٣٦	الفرع الثاني : انواع الخنثى
٣٦	اولا : الخنثى الذي لا اشكال فيه (غير المشكل)
٣٧	ثانيا : الخنثى الذي فيه اشكال (المشكل)
٣٨	الفرع الثالث : لوجه الاختلاف من تغيير جنس الانسان وحالة الخنثى
٣٩	الفرع الرابع : المختل النفسى وبعض الشذوذات العضوية
٤٢	الفصل الثاني : مدى مشروعية تغيير الجنس
٤٣	البحث الاول : عدم مشروعية فعل التغيير
٤٣	المطلب الاول : الحق محل الاعتداء
٤٤	الفرع الاول : مفهوم الحق في سلامة الجسم
٤٤	اولا : تعريف الحق في سلامة الجسم
٤٤	ثانيا : عناصر الحق في سلامة الجسم
٤٤	أ. السير للطبيعي لوظائف الحياة
٤٥	ب. الحق في التكامل الجسدي
٤٦	ج. التحرر من الآلام البدنية
٤٦	الفرع الثاني : موقف الشريعة الاسلامية والقوانين من حرمة الكيان الجسدي للانسان
٤٦	اولا : موقف الشريعة الاسلامية
٤٩	ثانيا : موقف القوانين من حرمة الكيان الجسدي
٥٠	أ. الدساتير
٥١	ب. القوانين العقابية
٥٢	المطلب الثاني : موقف الشريعة الاسلامية من تغيير الجنس
٥٣	الفرع الاول : حكم تغيير الخلقة في القرآن الكريم
٥٦	الفرع الثاني : حكم تغيير الخلقة في السنة النبوية الشريفة
٥٨	الفرع الثالث : حكم فعل التغيير عند الفقهاء المسلمين
٥٨	اولا : فتوى دار الافتاء المصرية
٥٩	ثانيا : قرارات المجمع الفقهي الاسلامي ورابطة كبار علماء المسلمين

٥٩

أ. قرار مجمع الفقه الاسلامي لرابطة العالم الاسلامي

٥٩

ب. قرار الامانة العامة لبيئة كبار علماء المسلمين

٦٠

الفرع الرابع : معيار عدم مشروعية فعل التغيير في الفقه الاسلامي

٦١

المطلب الثالث : الموقف الفقهي والقانوني والقضائي ولوائح حقوق

الانسان من فعل التغيير

٦١

الفرع الاول : الموقف الفقهي

٦٣

الفرع الثاني : الموقف القانوني

٦٦

الفرع الثالث : الموقف القضائي

٦٩

الفرع الرابع : موقف لوائح حقوق الانسان من فعل التغيير

٧٢

المبحث الثاني : مشروعية فعل التغيير

٧٢

المطلب الاول : القوانين التي اباحت عمليات تغيير الجنس صراحة

٧٣

الفرع الاول : موقف القانون السعودي

٧٣

ولاً : شروط اباحة فعل التغيير

٧٥

ثانياً : الحالات التي تجوز فيها الجراحة

٧٦

ثالثاً : الجهة المختصة باصدار القرارات الخاصة في البت بطلبات

التغيير

٧٧

رابعاً : الجرائم الواردة في هذا القانون وعقوباتها

٧٨

الفرع الثاني : موقف قانون ألمانيا الديمقراطية السابقة

٨٠

المطلب الثاني : القوانين التي اباحت عمليات تغيير الجنس ضمناً

٨٠

الفرع الاول : القوانين التي اباحت تغيير الجنس استناداً على اباحة

الاخصاء والعقم

٨١

الفرع الثاني : القوانين التي اباحت فعل تغيير الجنس بالاستناد الى

تنظيمها اجراءات ما بعد التغيير

٨٣

المطلب الثالث : مشروعية الفعل في القوانين التي لم تنظم عمليات تغيير جنس

الانسان

٨٤

الفرع الاول : مشروعية اعمال الجراحة والعلاج وبيان حكم التغيير

ضمن نطاقها

٨٥

ولاً : الاساس القانوني لاباحة للنشاط الطبي

٨٥

أ. الاساس القانوني التقليدي

٨٥

١. نظرية الضرورة

الموضوع	رقم الصفحة
٢. نظرية انتقاء القصد	٨٦
٣. نظرية رضا المريض	٨٧
ب. الأساس القانوني الحديث	٨٧
١. نظرية الترخيص القانوني	٨٨
٢. نظرية أداء الواجب	٨٨
ثانيا : شروط اباحة النشاط الطبي	٨٩
أ. الترخيص القانوني لو اجازة ممارسة المهنة	٨٩
ب. رضا المريض بالعلاج	٩٠
ج. تدخل الطبيب بقصد العلاج	٩١
د. اتباع أصول الفن	٩١
الفرع الثاني : مشروعية فعل التغيير بالمنظور الفقهي	٩٣
الفرع الثالث : مشروعية فعل التغيير بالمنظور القضائي	٩٥
الفصل الثالث : الآثار الجزائية المترتبة على فعل التغيير	٩٨
للمبحث الاول : مسؤولية الاشخاص الجزائية	٩٩
المطلب الاول : مسؤولية الاطباء الجزائية	١٠٠
الفرع الاول : المسؤولية عن الجرائم غير العمدية	١٠١
اولا : ضوابط مسؤولية الطبيب الجزائية عن الجرائم غير العمدية	١٠٢
ثانيا : مسؤولية الطبيب الجزائية غير العمدية عن فعل التغيير	١٠٥
ثالثا : بعض الجرائم ذات المسؤولية غير العمدية	١٠٦
الفرع الثاني : المسؤولية عن الجرائم العمدية	١٠٨
اولا : وصف فعل التغيير في الشريعة الاسلامية	١١٠
أ. لركن جنائية ما دون النفس	١١٠
١. الركن المادي	١١٠
٢. الركن المعنوي	١١١
ب . عقوبة الجنائية ما دون النفس	١١١
ثانيا : الوصف القانوني لفعل التغيير	١١٢
أ. اركان جريمة إحداث العامة للمستديمة	١١٢
١. الركن المادي فعل الاعتداء - النتيجة - علاقة السببية	١١٢
٢. الركن المعنوي	١١٤

رقم الصفحة	الموضوع
١١٥	ب. العقوبة
١١٦	ثالثا : المسؤولية العمدية عن بعض الجرائم
١١٦	أ. الجرائم المتعلقة بالترخيص القانوني لمزاولة مهنة الطب
١١٧	ب. الجرائم المتعلقة برضا المريض
١١٨	ج. الجرائم المتعلقة بمخالفة النظام العام
١١٩	المطلب الثاني : مسؤولية الأشخاص المعنوية
١٢٠	الفرع الأول : الاسر الفكرية لمسؤولية الشخص المعنوي
١٢٤	الفرع الثاني : مسؤولية المستشفيات
١٢٤	أولا : المستشفيات الحكومية
١٢٥	ثانيا : المستشفيات الخاصة (الاهلية)
١٢٧	المطلب الثالث : المسؤولية الجزائية عن فعل الغير
١٢٩	أولا : الأساس القانوني للمسؤولية الجزائية عن فعل الغير
١٣٢	ثانيا : شروط المسؤولية الجزائية عن فعل الغير
١٣٣	المبحث الثاني : الاشكالات القانونية والاجتماعية
١٣٤	المطلب الأول : الاشكالات القانونية الموضوعية
١٣٤	الفرع الأول : جرائم الاعتصاب والملاوط
١٣٦	الفرع الثاني : جريمة الفعل الفاضح المخل بالحياء وتعاطي البغاء
١٣٨	المطلب الثاني : الاشكالات القانونية الإجرائية
١٣٨	الفرع الأول : بعض الدعاوى الجزائية التي لا يجوز تحريكها الا بناء على شكوى من لمجنى عليه
١٣٩	الفرع الثاني : تفتيش الانثى
١٤١	المطلب الثالث : الاشكالات الاجتماعية
١٤٥	الخاتمة

المقدمة

من خصائص القانون استناداً الى أحكامه وقواعده انها توجه سلوك الافراد في المجتمع وتنظم العلاقات القانونية الناجمة عن هذا السلوك . وهذا التنظيم القانوني لهذه العلاقات ملزم لجميع أفراد المجتمع بما يحقق المساواة بقوة من الجزاء الذي تتولى السلطة العامة تنفيذه ، فالقانون يقوم بضبط السلوك الانساني بشكل معين يتفق والغايات والمقاصد التي تستهدفها الجماعة لتوجيه حياتها الاجتماعية في الوجهة السليمة^(١).

وعليه فان للانسان الحرية فيما يتصرف اذ لا يؤخذ عن سلوكه كفرد في المجتمع الا اذا كان هذا السلوك مخالفاً لاحكام وقواعد المجتمع ، وان المشرع هو من يجعل هذا الفعل مجرم من عدمه طبقاً لمبدأ شرعية الجرائم المنصوص عليه في اغلب القوانين الجنائية .

فللكيان الجسدي للانسان حرمة ، وبعد الجسم من اكثر عناصر الحياة الانسانية تقدماً فلا يجوز ان يكون محلاً لاي اتفاق باستثناء ما كان منه من اجل صيانتة والحفاظ عليه ، وبعد المساس به انتهاكاً لحرمة الكيان الجسدي للانسان. وسلامته البدنية تعد من اهم الحقوق التي يتمتع بها الفرد والمجتمع ، اذ لا يمكن للمجتمع ان يحتفظ بوجوده على مستوى خاص من التقدم والازدهار الا اذا كان هذا الحق محاطاً بالحماية الجنائية ، فصلامة جسم الانسان تعد من أولى الحقوق التي تنص عليها الشرائع كافة وعلى حمايته من الاعتداءات التي تقع عليه سواء افضت هذه الاعتداءات الى عاهة ام لم تفض. بل ان اغلبها لم يعتد برضا المجني عليه كسبب لابطاح الاعتداء على هذا الحق^(٢).

وان هذه الحماية تشمل جميع اعضاء الجسم البشري الظاهرة منها والباطنة من دون استثناء فكلما منها يؤدي وظيفة مهمة تتفاوت من حيث اهمية كل منها، لكن المشرع اضاف عليها جميعاً الحماية وهي تلزمه في كل ادواره. حتى وان تم الاعتداء على عضو واحد فانه يتمتع بالحماية الجنائية من قبل المشرع دون تفرقة بينه وبين غيره فالمهم هو انتماؤه للجسم البشري.

عليه فان القانون الجنائي يعاقب على كل مساس بجسم الانسان وسلامته اعضاءه سواء أكان الاعتداء بصورة عمدية ام غير عمدية وسواء حصل الاعتداء فعلاً او كون شروعا ولم ينتج أثره او خاب لاسباب خارجه عن إرادة الفاعل وسواء أتم الاعتداء من شخص عادي أم كان طبيباً.

(١) د. رياض القيسي - علم اصول القانون - الطبعة الاولى - الناشر بيت الحكمة - بغداد - ٢٠٠٢ ص ١٠٣ .

(٢) د. محمد عبد الغريب - التجارب الطبية والعلمية وحرمة الكيان الجسدي للانسان - الطبعة الاولى - بدون دار نشر -

اهمية الموضوع :

عنيت موضوعات المسؤولية الطبية عناية خاصة وقد كتب عنها الكثير ومن جميع النواحي ولا سيما الناحية الجنائية، ذلك لاتصالها بالسلوك الانساني من جهة وعلى اعتبارها نتاج لهذا السلوك من جهة اخرى لذا ما كون اعتداء على سلامة الاعضاء البشرية. وان هناك اخطاء متنوعة يعاقب عليها القانون فيما اذا صدرت من الاطباء بمناسبة مزاولتهم لمهنتهم الطبية. وهذا التنوع في الاخطاء كان نتيجة للتطور في مختلف المجالات الطبية. وقد أدى الامر معها الى ازدياد في عمليات التدخل الطبي في حياة الانسان وكيانه المادي بما في ذلك الجانب النفسي، وانعكس ذلك فضلاً عن الدراسات التي تناولت هذا الموضوع على القوانين التي اخذت بالاهتمام بحقوق الانسان ومنها حقه في سلامة اعضاءه وتكامله الجسدي واعتبار ذلك من الحقوق الاساسية التي حرصت عليها اغلب القوانين على وضع الضمانات لها، واصبح معها ايضا الطبيب او الجراح ملتزماً في اثناء ممارسته لنشاطه الطبي بشروط هذا العمل والتزامه كذلك جانب الحيطة والحذر وضرورة تبصير المريض بمخاطر التدخل الجراحي.

وقد ظهرت حديثاً على ارض الواقع امكانية لدى قسم من الاطباء لتغيير جنس الانسان من ذكر الى انثى وبالعكس. فرغبت في هذه الدراسة ان اثير تساؤلاً عن مدى شرعية او مشروعية هذه العمليات. حيث تزداد اهمية هذا الموضوع بالنظر الى قلة الدراسات والابحاث المتخصصة لبيان مدى شرعيتها في الاقطار العربية عامة وفي العراق خاصة، اذ ان اغلب القوانين لم تتعرض لهذه الحالة، نضيف الى ذلك ان هذه العمليات قد تثير اشكالات قانونية موضوعية واجرائية معاً وكذلك اجتماعية مما يقتضي المعالجة. وما يشهد على اهمية الموضوع ما كتب عنه من قبل الفقهاء الاجلاء ولا سيما تلك التي تناولت الموضوع من النواحي الشرعية وكذلك المؤتمرات المنعقدة، وان هذه المسئلة تكتسب اهمية خاصة في عالمنا اليوم لما تمثله من اعتداء على كرامة الانسانية في التنازل وما يكتنف هذه العمليات من غموض وريبة وشك. وعلى الرغم من التطورات التي شملت المجال الطبي والتي اثارت معها الكثير من القضايا الاخلاقية والدينية والقانونية ولا سيما موضوع مدى مشروعيتها ومدى المسؤولية المتحققة عنها عند مخالفة الأشخاص محل المسؤولية شروط تلك المشروعية، مما يقتضي الاهتمام بمناقشتها.

اشكالية الموضوع:

تتضمن مدى أحقية الانسان في العبث بما وهبه الله من صفات ، وما موقف شريعتنا الغراء؟ وكذلك موقف القوانين ولوائح حقوق الانسان المعلنة منها أتوبدها أم أنها تتعارض معها؟ وهل يجوز تبرير اباحة هذه العمليات؟ استناداً الى حالة الضرورة على اعتبار ان المخاطر التي

يتعرض لها طالب التغيير قليلة اذا ما قورنت بالمصلحة الاجتماعية التي بمقتضاها يتم تجنب المجتمع انتشار الشذوذ. وهل يعد ذلك مظهرا من مظاهر مباشرة الشخص على اعضاءه الجسدية أمثل هذا حرية شخصية ام انه يتعارض مع ايسر قواعد الاخلاق ؟ أم أننا نقرر مشروعيتها باسناد ذلك للقواعد العامة في أباحة النشاط الطبي ؟ افلا تعتبر هذه الافكار غامضة وخطرة على المجتمع بأسره ؟ في حالة تفشيها دون أن يكون هناك رادع للحد منها، وهل عدم وجود نص في القانون يبيح لنا القول بمشروعيتها ؟.

وخلاصة القول هناك جملة من التساؤلات تطرح نفسها على بساط البحث لمناقشتها ولمواجهتها من الناحيتين الشرعية والقانونية.

مجال البحث ومنهجيته:

سأتناول الموضوع من الناحية الجنائية مستعينا بالجانب الشرعي وما تناوله الفقهاء المسلمون وما تضمنته شريعتنا الغراء من احكام خاصة تتعلق بتغيير الخلقة والتعدي على الحق في السلامة الجسدية، لذلك سيكون الموضوع مؤطرا بالناحية الجنائية والشريعة الاسلامية وضمن اطار المصادر المتوافرة في مجال القانون الجنائي والمسؤولية الطبية من الوجهة الجنائية وكذلك المصادر الشرعية التي اقتضى ابرادها لتسبع معالكم الموضوع وتناثر جزئياته مما أرجعنا إلى كتب التفسير وشروح الأحاديث وكتب الاصول وكذلك المجلات وقرارات هيئة كبار علماء المسلمين ومجمع الفتاى الاسلامي . وكذلك المراجع الطبية العربية والاجنبية لغرض فهم الحالات المرضية التي سيرد موضوعها في البحث ليمسنى لنا الوقوف على حقيقتها لغايات اعطاء الرأي القانوني بشأنها. وقد أولينا وبالقدر نفسه الجانب القانوني مساحة وافية في البحث، من حيث مدى مشروعية هذا الفعل ومن حيث بيان القواعد العامة في المسؤولية الجزائية للأطباء عن الجرائم غير العمدية والعمدية، وكذلك مسؤولية الاشخاص المعنوية والمسؤولية عن فعل الغير مركزا في الدراسة هذه على قانون العقوبات العراقي وبعض القوانين العربية والاجنبية والانظمة التعليمية التي تحكم صور النشاط الطبي. ومن خلال مجريات البحث اعتمدنا على بعض القرارات العربية والاجنبية قدر تعلقيها بالامر وذلك أيضا لقلتها وندرتها والتي كانت معينا جيدا في عرض الحالة بهذه الصورة.

على أنني سأتناول مصطلح الجنس الذي يقابل : (Sex) وليس على أساس
اب (Gender) إذ إن الجنس (Sex) يتعلق بالفروقات الفسلجية والتكوين الجنسي للرجال والنساء
في حين يشمل مصطلح نوع الجنس العنصر الاجتماعي فقط^(١).

أي ليس على أساس ما تدعو إليه المفاهيم الجديدة الداعية الى رفض التفرقة بين الجنسين،
إذ أن المفهوم الحديث للجنس يكون الغرض منه "اضفاء المشروعية على العلاقات الجنسية الشاذة
كعلاقة الذكر بالذكر والانثى بالانثى والعلاقات المشاعة بين الجنسين باعتبار أن حظر ممارسة هذه
الحريات هو شكل من اشكال التمييز بسبب نوع الجنس"^(٢).

ومن أجل الاحاطة بجوانب هذا الموضوع تناولته بثلاثة فصول ، الاول ماهية تغيير الجنس
وقد تناولت مفهوم تغيير الجنس في المبحث الاول منه والذي قسمته الى ثلاثة مطالب ، الاول
لتحديد نوع الجنس وفقا للمعايير الثلاثة كل من معيار العلامات الظاهرة والباطنة والمعيار
البيولوجي والنفسي ، وافردت فرعا للموقف الشرعي والقانوني من تحديد جنس الانسان ، اما
المطلب الثاني فقد خصصته لمعنى فعل التغيير. اما المطلب الثالث والاخير فللكيفية التي يغير
بتوجيهها جنس الانسان من الوجهة العلمية اما المبحث الثاني فقد خصصته لتمييز تغيير جنس
الانسان مما يشبه به من حالات كحالة الشذوذ الجنسي وحالة تصحيح جنس الانسان وحالة الخنثى
وبعض الشذوذات العضوية لتبيان اوجه الاختلاف بينها وبين الحالة موضوعة البحث ومن خلال
ثلاثة مطالب خصصت لهذه الحالات اما الفصل الثاني فتناولت فيه موضوع مدى مشروعية فعل
تغيير جنس الانسان ومن خلال مبحثين، الاول لعدم مشروعية فعل التغيير والثاني لمشروعيته ، اذ
تناولت في المبحث الاول ثلاثة مطالب الأول: للحق محل الاعتداء والثاني: لموقف الشريعة
الاسلامية من تغيير جنس الانسان اما المطلب الثالث فكان للمواقف الفقهية والقانونية والقضائية
ولوائح حقوق الانسان من فعل التغيير وفي المبحث الثاني تناولت موضوع مشروعية فعل التغيير
وبثلاثة مطالب الاول: للقوانين التي اباحت عمليات تغيير الجنس صراحة كالقانون السعودي
وقانون ألمانيا الديمقراطية السابقة وخصصت المطلب الثاني: للقوانين التي اباحت عمليات تغيير
الجنس ضمناً اما الثالث والاخير فكان للقوانين التي لم تنظم عمليات تغيير جنس الانسان.

^(١) د. ضاري خليل محمد - مبدأ التكامل الاسمي للحكمة الجنائية - دراسات قانونية - مجلة فصيحة تصدر عن بيت

الحكمة قسم الدراسات القانونية - بغداد - العدد الاول - لسنة الاولى - ١٩٩٩ - ص ٢٩

^(٢) امل فاضل - العنف ضد المرأة - رسالة دكتوراه - كلية القانون - قسم القانون الجنائي - جامعة بغداد - ٢٠٠٢

والفصل الثالث - خصصته للآثار الجزائية المترتبة على فعل تغيير الجنس، تناولت في المبحث الأول مسؤولية الأشخاص الجزائية وهم الأطباء والجراحون ومسؤولية الأشخاص المعنوية وكذلك المسؤولية عن فعل الغير. أما المبحث الثاني فقد أفردته للشكايات القانونية والاجتماعية وتناولته من خلال ثلاثة مطالب، الأول للشكايات القانونية الموضوعية والثاني للشكايات القانونية الاجرائية وأما الثالث والآخر للشكايات الاجتماعية.

الفصل الأول

ماهية تغيير الجنس

ان بيان ماهية عملية تغيير الجنس يقتضي منا ايضاح الاسس التي بموجبها يحدد نوع جنس الانسان ذكرا كان او انثى. وفق المعايير المتبعة لذلك، ثم نخرج بعد ذلك على موضوع الموقف الشرعي والقانوني من تحديد جنس الانسان ثم ننتقل الى معنى فعل تغيير الجنس والكيفية التي يتم على اساسها تغيير جنس الانسان من ذكر الى انثى او بالعكس، هذه المواضيع ستكون محور النقاش في المبحث الاول من هذا الفصل المتضمن مبحثين اما المبحث الثاني سيكون لتمييز تغيير الجنس مما يشبهه به من حالات ، مثل حالة الشذوذ الجنسي Sexual Perverssions ، وحالة تصحيح جنس الانسان Transsexualism ، وكذلك حالة الخنثى بنوعيهما المشكل وغير المشكل وبعض الشذوذات النفسية كالمخنث النفسي واشذوذات العضوية للوصول من هذه الحالات الى معرفة أوجه الاختلاف بينها وبين فعل تغيير جنس الانسان الذي يتم بناء على الرغبة المجردة لطالب التغيير.

المبحث الاول

مفهوم تغيير الجنس

لمعرفة ما المقصود بفعل تغيير جنس الانسان الظاهري وكيف يتم تحديد الذكر والانثى ومعرفة التغيير وفق الرؤية الطبية وما يتم اجراؤه للشخص ليصبح على هيئة الجنس المعاكس لجنسه ، نقسم هذا المبحث على ثلاثة مطائب ، الاول لتحديد نوع الجنس وفق معايير العلامات الظاهرة والباطنة والمعيار البايولوجي والنفسي وكذلك الموقف الشرعي والقانوني من هذا التحديد ، اما المطلب الثاني فسانتاول فيه معنى فعل تغيير جنس الانسان ونفرد المطلب الثالث للحديث عن كيفية اجراء فعل التغيير لجنس الانسان.

المطلب الأول

تحديد نوع الجنس

هناك عدة محاولات اجراها الباحثون والعلماء خصوصا في السنوات الاخيرة يرومون من خلالها كشف النقاب عن العوامل التي ترسب في الانسان احساسا بالذكورة أو بالانوثة^(١).

اذ ان النمو الجنسي يحدث على ادوار متلاحقة ومتواصلة من النمو ، الدور الاول منه يكون : عند تكوين الجنين من كروموسومات الـ (X) والـ (Y) هذا التكوين المبرمج يقرر فيما اذا كانت الغدد غير المتفرقة في البداية ستتمو في اتجاه تكوين الخصيتين او المبيضين وعندما يحدث التفريق الغدي فان كل غدة تلتقط برنامجها الخاص من النمو ، فان كانت مبيضا فان الطفل انثى وان كانت خسية فانه ذكر ، هذا قبل الولادة وعند الولادة يبدأ الدور الثاني من المسيرة نحو الهوية الجنسية وهو الدور الاجتماعي، إذ إن الاطفال يعاملون معاملة تتناسب مع هويتهم الهرمونية فيتعلمونها من خلال المعاملة المختلفة من الوالدين فيبدأ الطفل وهذه الحالة بتقليد الجنس الذي ينتمي اليه^(٢) مما يعني ان من له اعضاء تناسلية ذكرية فهو ذكر كامل الذكورة والانثى كاملة الانوثة هي التي لها اعضاء تناسلية انثوية باستثناء بعض الحالات التي يكتفها بعض الغموض، لكن كيف يمكن تحديد نوع الجنس سواء أذكر كان أم أنثى حتى وان كان هناك غموض في الاعضاء التناسلية ؟ فلجاية وللتعرف على الجنس Estimation of Sex لابد من التعرض إلى المعايير المتبعة لتحديد الجنس لاسيما خلو القانون من أي تعريف للذكر او الأنثى. وهو ما سأتناوله في الأفرع الثلاثة الآتية:

الفرع الأول

معيار الملامات الظاهرة والباطنة

بعد المظهر الخارجي سواء كان لذكر او لانثى احد المعايير المتبعة لتحديد الجنس، إذ إن النمو العضلي للجسم وخشونة الصوت وتوزيع الشعر وعدم نمو الاثداء كل ذلك من المظاهر الذكرية بينما غياب هذه الاعراض من المظاهر الانثوية^(٣). ففي الانثى اعضاء تناسلية ظاهرة (خارجية) واخرى باطنة (داخلية) وكذلك اعضاء ملحقة وهي على الوجه الاتي:

(١) د. نوال السعدوني - الانثى هي الاصل - المؤسسة العربية للدراسات والنشر - ١٩٧٤ ص ٢٥

(٢) د. علي كمال - الجنس والنفس في الحياة الانسانية - دار واسط - لندن - ١٩٨٦ ص ٢٩ .

(٣) د. نبيل دسوقي - اتخذت هل هو مرض نادر - مجلة طبيبك - العدد ٣١٦ / ابريل / ١٩٩٥ ص ٨٦ .

الجهاز التناسلي الانثوي Female Reproductive System

الاعضاء التناسلية الخارجية

وهي متكونة من الفرج Vulva وبتوره يتكون من الشفران الكبيران Labia majora والشفران الصغيران Labia minora والبظر Clitoris وغشاء البكارة الذي يحرس فتحة المهبل الخارجية Hymen .

الاعضاء التناسلية الداخلية

وتتكون هذه من المهبل والرحم والمبيضين وقناة فالوب . المهبل عبارة عن قناة عضلية يبلغ طولها ٨-١٠ سم يتصل من الاعلى بعنق الرحم وينتهي قسمة الاسفل بالفرج يحرسها غشاء البكارة ويبطنه غشاء مخاطي طلاني متعدد الطبقات Squamous Stratified Epithelium . اما الرحم فهو عضو عضلي مجوف مكون من قمة Fundus وجسم Body وعنق Cervix وله جدار عضلي سميك مكون من عضلات ملساء ويستقر وسط الحوض ^(١) . وهناك ايضا قناة فالوب Fallopian Tube والمبيضان Ovaries وهي مسؤولة عن توليد البويضات .

اما بالنسبة للاعضاء التناسلية الانثوية المنحقة - فهي تتكون من الثديين اللذين يكونان عبارة عن غدتين كبيرتين تفرزان الحليب .

وفيما يخص الاعضاء التناسلية الذكرية فانها تتكون من القضيب Penis وهو عبارة عن عضلة تتكون من الحشفة Glans والقلفة Prepuce والعصب في راس القضيب والخصيتين اللتين تكونان محفورتين داخل كيس الصفن ، فالظاهرية منها الصفن والاطليل الذي هو مجرى البول . اما الباطنية فهي الخصيتان والبربخ وحبل المني والحويصلات المنوية والبروستات ^(٢) .

وهناك ايضا الجهاز الهيكلي Skeletal System وبعضه يتميز في الجنسين ويدعى ايضا بالهيكل العظمي ويتكون من العظام المتعددة المتصلة فيما بينها في محلات تدعى بالمفاصل ، والعظام هذه منها الطويلة ومنها القصيرة ^(٣) .

ويلحظ أن عظام الافراد غير البالغين تكون عديمة الفائدة لتحديد الجنس ذلك لان المميزات الجنسية فيها لا تبرز الا تحت تأثير ظهور معالم الانوثة والذكورة في مرحلة البلوغ فالاطفال دون سن البلوغ لا تظهر عليهم سوى فوارق قليلة من حيث البنية والشكل الجسماني خارج نطاق الاعضاء التناسلية ، فالعظام التي يعول عليها العلماء لمعرفة جنس الانسان ذكرا كان أو انثى هي .

(١) د. علي غالب ياسين - علم التشريح - طبعة الاولى - دار الحرية للطباعة - بغداد - ١٩٨٥ ص ٥٩-٦١ .

(٢) حسين سليم - الموسوعة الجنسية - دار اسامة للنشر والتوزيع - عمان - الاردن - ٢٠٠٦ ص ٢٢ .

(٣) د. علي غالب ياسين - المرجع السابق - ص ١٧ .

أولا : عظام الحوض The Pelvis

عظم الحوض : هو جزء أكثر من غيره يعول عليه العلماء لمعرفة الجنس وهو أفضل معيار لتحديد جنس الإنسان فهناك زاويتان غير مسميتين في كل من الورك وتحت العانة، منها حافة الزاويتين تكونان أكثر انفرجا عند المرأة مما هو عليه عند الرجل. فإن فحص فرع الورك العاني قد يكون كافيا أيضاً ففي المرأة غالباً ما يكون هذا الفرع مقعراً ، بينما يكون عند الرجل اما مستويًا او مسحوباً^(١). فالاختلاف في شكل عظام الحوض في الذكر عنه عما في الانثى جعل منها معايير معتمدة والتي تعطي نتائج مرضية في تحديد الجنس .

ثانيا : الجمجمة The Skull

العظام عموماً أكثر خشونة ووزناً وأكبر حجماً في الذكور عما هو عليه الحال عند الإناث لكن لبعض العظام علامات جنسية تساعد على تثبيت نوع الجنس تثبيثاً قاطعاً ومنها الجمجمة، ففي الذكور تكون ذات حدة جبهية والحدارية والاقواس الحاجبية بارزة ومدورة . أما في الإناث فإنها أقل بروزاً واستدارة والاقواس أقل وضوحاً^(٢). وعظامها تكون مسطحة ترتبط مع بعضها بروز وهي مفاصل ليفية عديمة الحركة . والجمجمة عامة هي عبارة عن صندوق يحفظ في داخله الدماغ وفكين علوي وسفلي ، هذا ويلاحظ أن الفك السفلي هو المتحرك دائماً كجزء من الجمجمة^(٣).

ثالثاً : مميزات جنسية في عظام أخرى Sex Determination from Pat

وهي عظم العجز Sacrum فهو طويل ومتجانس الانحناء من الأعلى الى الأسفل عند الذكر وعلى العكس منه فهو قصير واسع مستقيم في نصفه العلوي ومنحني في جزئه المتبقي. سطحه عند الذكر يمتد حتى الفقرة الثالثة أو الرابعة ، أما في الانثى فلا يتجاوز الفقرة الثانية .

وهناك عظام أخرى مثل عظم العضد Humerus والزند Ulna والكف Scapula وعظم القص Sternum وعظم الفخذ Femur وعظم القصبة Tibia ، وعلى العموم فإن تحديد نوع الجنس ذكر أو أنثى بناء على العظام الأخرى فإنه يلجأ الفاحص الى الاعتماد على الصورة الذهنية لديه لما يكون عليه الحجم والشكل العادي لعظام كل نوع من الجنس ويكون رايه هذا حيويًا ضمن

(١) د. محمد يوسف النجار وريتشارد مكو ليامز - العظام في الدراسات الانثروبولوجية والطبية والجنائية - ترجمة د. محمد يوسف النجار - ط ١ - مطبعة ذات الملائل للطباعة والنشر ١٩٨٩ من ٩٩ والمزيد راجع -

James c . Anderson. M. D.- Grant's Atlas of anatomy eighth edition - London - 1975-1976 (in mediam section) P. 3/10

(٢) د. وصفي محمد علي - الطب العدلي علماً وتطبيقاً - ط ٢ - مطبعة المعارف - بغداد ١٩٧٠ ص ٥٥٩ .

(٣) د. علي غالب وشيخ - المرجع السابق - ص ١٧ .

خبرته الفنية . وقد تكون هناك استثناءات وحالات شاذة مثلاً في بعض الحالات نجد ان هناك بعض الرجال لهم اطراف صغيرة ورفيعة بينما يكون هناك من النساء لهم اطراف كبيرة وخشنة ويطبق نفس الشيء على العظام فانيا تعكس هذا الوضع تماماً^(١).

ويمكن ملاحظة ما يخص الاعضاء التناسلية الذكورية والانثوية لدى كل من الذكر والانثى هناك فروقا اخرى بينهما، وتقع هذه الفروق في مجال الدورة الشهرية للانثى وهي الدورة التي تميز حياة الانثى اذ ليس لها ما يماثلها في حياة الذكر وتبدأ عادة الدورة الشهرية للانثى بالحض الأول Menarche . ومع تقدم العمر تصل معه الانثى الى سن اليأس وهناك فضلاً عما تقدم ادوار بايولوجية تمر بها تتضمن ادوار الحمل والولادة والرضاعة وهذا ما لا يكون موجوداً في الذكر وان لذلك علاقة بالاعضاء التناسلية لدى الجنسين الذكر والانثى وهو ما يميز كلاً منهما من الآخر، ولاسيما الادوار التي تخضع الى فعل ومقررات بايولوجية وفيزيولوجية خارجة عن إرادة الانثى^(٢).

وحسب ما عرض فإن العظام تحدد الجنس ذكراً أم أنثى وكذلك الامر بالنسبة للاعضاء التناسلية الظاهرة والباطنة الخاصة بكلا الجنسين، وعليه فانيا تعد من أسس تحديد الجنس ومن المعايير المعتمدة لذلك، لكنه ولوجود بعض الاستثناءات قد يحصل لبس معها ولو أن ذلك نادر الا ان هناك معايير أخرى منها المعيار البايولوجي وهو الأكثر دقة وعلمية في تحديد جنس الانسان والذي بموجبه يتم اكتشاف حقيقة جنس الشخص حتى تلك التي يكتنفها الغموض وهو ما سيكون موضوعاً لتفرع الآتي .

الفرع الثاني

المعيار البايولوجي

يأتي الجنينوم البشري الذي يمثل المجموعة الكاملة من الجينات البشرية حيث نظمت في ثلاثة وعشرون زوجاً متفصلاً من الكروموسومات ، لكن فيها زوجاً يمثل كروموسومي الجنس وهما كبيران يتكونان من (X) في الاناث في حين يوجد كروموسوم (X) مع كروموسوم (Y) في الرجال^(٣).

^(١) د. محمد يوسف التاجار وريتشارد ماكوليفز - المرجع السابق - ص ١٠٩ وللمزيد راجع James c. Anderson M.D. op. Cit. p6/50

^(٢) د. علي كمال - المرجع السابق - ص ٤٣٣

^(٣) مات ريندي - الجنوم - السيرة الذاتية لتنوع البشري - ترجمة د. مصطفى ابراهيم - عالم المعرفة - سلسلة كتب تقنية

وان ذلك موجود في كل خلية بشرية والحال نفسه حتى في جميع الحيوانات اللبونة فكل خلية بشرية تحتوي على ٤٦ كروموسوم وهي موجودة في نواة كل خلية وتحتوي على العوامل الوراثية وعلى الصفات المتمثلة في الشكل واللون والطول والقدرات الجسمانية والعقلية والى غير ذلك من الصفات. وان ذلك لا يوجد عليه أي خلاف طبي باستثناء الخلايا الجنسية لدى الذكر والانثى فإن كلا منهما يحمل نصف عدد الكروموسومات^(١).

فالرجل يحمل الحيوان المنوي (الحيمن) ٢٣ كروموسوم، والانثى كذلك تحمل البويضة ٢٣ كروموسوماً وعند الانقسام بعد ان تكون البويضة مخصبة تكون حاوية على العدد الكلي للكروموسومات فيأتي الجنين الذي تحتوي خلاياه على العدد الكلي وهو ٤٦ كروموسوماً^(٢).

وان الاكتشافات العلمية الحديثة اظهرت ان الخلية عندما تبدأ بالانشطار تبدأ الصبغيات (الكروموسومات) بالتميز في صورة ازواج لتكون ٢٣ زوجاً وكلها مسؤول عن تحديد بنيان الجسم وتحديد صفاته كما اسلفت الا صبغيا واحدا يكون مسؤولا عن تبيان جنس الانسان فيما اذا كان ذكر او انثى فالانثى تتكون عندما يكون كروموسومات الجنس لديها (XX) اما الذكر فواحد (X) والثاني (Y) ومنذ الاشهر الاولى فالجنين لديه الامكانية لان يتطور الى أي من الجنسين ذكر أو انثى والاسبوع السابع من حياة الجنين تكون الغدد الجنسية لديه غير متبلورة وهذه الغدد تكون قنوات ليفان Wolffian وقناة موليرايان Mullerian ففي الجنين الذكر قناة ليفان هي التي تنمو والثانية تضمر والعكس بالنسبة للانثى. ويلحظ هنا ان الضمور ليس كلياً حيث يكون بعض بقايا الجنس الآخر في كل جنس^(٣).

فبعد هذه المقدمة لا بد من بيان المقصود بالمعيار البايولوجي "فهو بيان تركيب نسج وخلايا الشخص التي تزيد على خمسين مليون خلية تحمل كلا منها كروموسومات معينة تختلف في الذكر عنها في الانثى" فإن خلايا الذكر تحمل الصبغيات (XY) وخلايا الانثى تحمل الصبغيات (XX) ويلحظ ان صبغي الـ (Y) لا يوجد في الانثى نهائياً فاذا فحصت الخلايا مختبرياً وتبين وجود الصبغي (Y) فإن ذلك يكفي لتحديد الذكورة لدى حامله واذا لم يوجد هذا الصبغي فإن الشخص

^(١) عبد الحميد العبيدي - الاستساح البشري - الطب والعلوم - الشريعة والقانون - سلسلة المائدة للحررة - بيت الحكمة ١٩٩٩/٤٤ ص ٢٩.

^(٢) صبري حمد خاطر - القانون والجين البشري - مجلة دراسات قانونية - بيت الحكمة - السنة الثالثة - العدد الثالث ٢٠٠١ ص ٧٢.

^(٣) د. علي كمال - المرجع السابق - ص ٤٣.

يكون انثى ويلحظ انه امكن حديثا الكشف عنه في الخلايا الانسانية كشفاً دقيقاً عند الجنين منذ الاشهر الاولى من الحمل وكل ذلك مردوده التطور الطبي خصوصاً في المجالات المختبرية^(١).
أما اذا اجتمعت الاعضاء التناسلية الذكورية والانثوية معا في شخص واحد فان هذا الاختلاط في التكوين الباثولوجي يكون في الخنثى متعدد الصبغيات التي سيأتي بيانها لاحقا.
ان تلعب الهرمونات دوراً مهماً في تكوين الهوية الجنسية ضمن عملية معقدة ومتواصلة فالكروموسومان الـ (X) و (Y) في (البويضة الملقحة Zygote) الجنينية هي تقرر فيما اذا كانت الغدد الجنسية غير المنفردة ستكون مبيضا كما في الانثى او خصية كما في الذكر. وحال التفريق فان الغدد الهرمونية تلتقط البرمجة المناسبة للنمو فأذا كانت مبيضية للبرمجة اتجه النمو نحو الانوثة، واذا كانت خصوية اتجه ذلك نحو الذكورة وفي هذه الحالة تقرر هرمون الاندروجين الذي يذكر جسم الجنين وأن لم يكن كذلك فان هذا الجسم يكون انثويا في تكوينه أي من دون فعل هذا الهرمون^(٢).

فالموضوع يخص جانب تركيب الانسجة وخلايا الشخص، وأن فحص هذه الامور يجريها المتخصصون في المجال الطبي والمختبري وبسبب التطور الهائل في هذا المجال فإن هذا المعيار يعد من أفضل المعايير استنادا الى نتائجه الدقيقة، لكنه لا يغني عن المعايير الاخرى بسبب ما تتمتع به هي الاخرى من اهمية.

الفرع الثالث

المعيار النفسي

يعرف المعيار النفسي بانه الميل والاحاسيس ومشاعر الشخص نحو النوع الاخر بمعنى أن الذكر يميل إلى الأنوثة فيتصرف ويتكلم ويسلك سلوك النوع الاخر في كل شيء على أنه واحد منهم ، ويطلق عليه بهذه الحالة بالمتخفئ نفسيا وان ذلك يرجع الى عدة اسباب منها الدلال المتزايد الذي يتحقق لبعض الاولاد في بعض الاسر حيث يعاملونه على أنه انثى وكذلك قد يرجع إلى أسباب أخرى كالمعاملة المتحفقة للاولاد الصغار في هذه العوائل والفرقة الحاصلة لبعضهم دون بعضهم الاخر ذكورا أم اناثا تولد لديهم نتيجة لذلك احساس وميول أنثوية أي أنها تتجه الى النوع الاخر^(٣).

(١) د. الشهابي ابراهيم الشرفاوي - تثبيت الجنس واتاره دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون الرضعي - ط ١ دار

الكتب القاهرة ٢٠٠٢م - ص ١٠٣

(٢) د. علي كمال - المرجع السابق - ص ٥٨

(٣) د. الشهابي ابراهيم الشرفاوي - المرجع السابق - ص ١٢٢.

أما رأي الطب النفسي فإن الأطباء يعززون التجارب الجنسية المشوهة لبعض الحالات المرضية التي تؤدي إلى أن يشتبه الشخص في جنسه ذكرا كان أو أنثى سببا لهذه الأحاسيس، إذ أنه قد يمر بتجارب جنسية مشوهة في إحدى مراحل التطور العمري التي يمر بها مما قد يرسخ لديه قوانين جنسية خاطئة. طبعا بحسب اعتقاده وميوله، أما الأطباء فهم قادرون على اكتشاف هذه الحالات وتشخيصها، فالشخص الذي يعاني من الاختلاجات النفسية هذه يتوجب على الأطباء علاجه بالطرق النفسية المؤدية إلى احباط التشوّهات النفسية هذه وقتلها.

والاشخاص البالغون الذين يعانون من هذه الاعراض لا يتأثر نموهم الجسمي ومن أعراضه أيضا الشعور بالتعب والتحول فضلا عن فقدان الرغبة الجنسية^(١).

فيتمتع ابتداءً على أحاسيس ومشاعر هذا الشخص معياراً لتحديد جنسه ويستثنى من ذلك الحالات المرضية فيضاف إلى إحساس الشخص بالذكورة أو الانوثة الفحص الذي يقوم به الأطباء لتشخيص الحالة إذا كان صاحبها يعاني من الاختلاجات النفسية. وقد كشف الفقهاء المسلمون عن الميول النفسية في أثناء مواصلة الجهد للكشف عن جنس الشخص وتحديد على هذا الأساس، وقد ثبت من خلال دراسات علم النفس الكشف عن الناحية النفسية للشخص التي تنبئ عن انوثته أو ذكوريته، فقد ورد عنهم أن الخنثى المشكل يعول على أقرارها لتحديد جنسها، وفي ذلك آراء كثيرة لا مجال لذكرها خشية الأسهاب. فأقرار الخنثى يتم الاعتماد عليه كونها أعلم بحالتها. فيكون ذكر أن جامع بذكره وخرجت له لحية وامرأة أن كان لها ثديان ونزل منها اللبن ورأت حياضا كما ترى النساء^(٢).

يتبين من كل ما تقدم في مجال تحديد جنس الإنسان أن كلاً من هذه المعايير يكمل بعضها الآخر فالأعضاء لها صورة واضحة وقاطعة لا لبس فيها لتحديد جنس الشخص ونعتقد من الأفضل أن يتم الاعتماد على هذه المعايير مجتمعة وتكون الكلمة الفصل في هذا المجال لاهل الخبرة الفنية وهم الأطباء وذوي الاختصاص في المجالات المختبرية بما في ذلك اعتمادهم على الوسائل الطبية اللازمة لإعطاء الرأي العلمي المتوافق وحالة الشخص.

(١) John Macleod - davidson's principles and practice of Medicine - Thirteenth edition - Churchill livingstone - edinburgh London - Melbourne and New York . 1981 (Psychiatry) P. 777 and 498.

(٢) د. أحمد محمود سعد - تغيير الجنس بين الحظر والاباحة - دراسة مقارنة - الطبعة الاولى - دار النهضة العربية للنشر والتوزيع ١٩٩٣ ص ٣٠٣.

الفرع الرابع

الموقف الشرعي والقانوني من تحديد الجنس

على الرغم من المعايير السابقة الخاصة بتحديد جنس الإنسان، فإن للشريعة الإسلامية الغراء موقفا منها وكذلك لذوي الاختصاص من الأطباء وما يكمل عملهم من أهل الخبرة في المجالات المخبرية رابا فيه بالاستناد إلى القوانين والتعليمات ذات العلاقة بمهنتهم لذلك سنعرض الموقفين تباعا.

أولا - موقف الشريعة الإسلامية من تحديد جنس الإنسان

لا بد من التطرق ابتداءً إلى الإنسان والطبيعة الواحدة لكلا الجنسين في الشريعة الإسلامية الغراء الذكر والأنثى فإنه مركب من خلق محمود يشبه بها الملك ^(١). وما يؤيد ذلك قوله تعالى (إِنَّ قَدًّا إِلَّا مَلَكٌ كَرِيمٌ) ^(٢). أما كون الطبيعة واحدة لكلا الجنسين فهي تتجلى في أنه سبحانه وتعالى وهب النساء كما وهب الرجال ومنح كلاً منهما المواهب التي تكفي كل منهما تحمل المسؤوليات التي على أساسها يستطيعان القيام بالتصرفات الإنسانية للعامة والخاصة ^(٣). وكون الذكر والأنثى يمثلان قوام الحياة الإنسانية وسبب عمران الكون فقد فرض بينهما بواجب مفروض ابتغاء النسل الصالح وقد أورثنا الله تعالى تراث إنساني في التناسل وأغلب الأحكام الشرعية جاءت ضمن إطار ذلك ^(٤). فقد بين القرآن الكريم أحكام كل من الذكر والأنثى وجاءت الآيات الكريمة مبينة لذلك ومنها قوله تعالى (يَهَبُ لِمَن يَشَاءُ إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَن يَشَاءُ الذُّكُورَ . أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَاثًا وَيَجْعَلُ لِمَن يَشَاءُ عِقْمًا) ^(٥). وقوله عز وجل (وَبَشِّرْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً) ^(٦). وقوله جل وعلا (يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاهُمْ) ^(٧).

وهذه الأحكام لم تبين من هو الذكر ومن هي الأنثى مما يعني أنهما وصفان مختلفان وتدل أيضا على أنهما لا يجتمعان وهما متضادان وإن علامات التمييز بينهما العضو المخصوص بكل

^(١) أبي عبدالله الأزرق - بذائع السلك في طبائع الملك - تحقيق د علي شامي النشر - منشورات وزارة الاعلام - سلسلة كتب التراث - العراق - ١٩٧٧ ص ٤١٩.

^(٢) سورة يوسف / الآية ٣١ .

^(٣) محمد شفلوت - من توجيهات الاسلام - العنبة السابعة - دار الشروق - ١٩٨٣ ص ١٧٧.

^(٤) د . شوكت عتيان - موانع النكاح في الاسلام - مطبعة الجامعة - بغداد ١٩٨٠ ص ٧ .

^(٥) سورة الشورى / الآية ٤٨-٤٩ .

^(٦) سورة النساء / الآية ١ .

^(٧) سورة الحجرات / الآية ١٣ .

منهما، فإن كانت تلك العلامات تلحقه بالذكور فذكر، وإن كانت تلحقه بالاناث فأنثى، وحدد فقهاء الشريعة الإسلامية علامات تميز بين الذكر والانثى، منها ما يكون قبل البلوغ ومنها ما يكون بعده^(١). وهناك قول للشافعي رحمه الله أن الذكر يبول من حيث يبول الذكر فهو رجل ويتزوج امرأة وإن كان يبول من حيث تبول الانثى فهي امرأة وتتزوج رجلاً، وإن كانت خنثى مشكل لم يتزوج قيل له أنت أعلم بنفسك فايهما شئت انكحناك وعليه لا يكون لك غيره أبداً، فهذا دليل على أن الفقهاء اعتمدوا المعيار النفسي في تحديد الجنس حيث يظهر من القول المذكور أنفاً أنه يعتمد على ميله ورغبته عند عدم الوضوح في تحديد جنسه^(٢).

أما العلامات التي تلحقه بالذكور أو بالاناث فهو أيضاً دليل على أن الفقهاء المسلمين اعتمدوا معيار العلامات الظاهرة والباطنة فضلاً عن اعتمادهم المعيار النفسي في تحديدهم لجنس الإنسان.

إذ أورد فقهاء الشريعة أن تحديد الذكر والانثى وفقاً لمبال كل منهما وهذا بلا شك يخص الأعضاء التناسلية الذكرية والانثوية، فإذا ظهر للشخص شارب واشتهى النساء وأمنى ووصل النساء فهو ذكر؛ أما إذا ظهر له الثديان وحاض واشتهى الرجل فهي أنثى ولا شك^(٣).

أما فيما يخص العلامات الخاصة بالذكور والانثى قبل البلوغ وبعده فترجى الحديث عنها في هذا الموضوع إذ سنطرق إليه في نهاية هذا الفصل بمناسبة بحث موضوع الخنثى المشكل.

وبالنسبة للمعيار البيولوجي فإن الثابت أن الفقهاء لم يتطرقوا إليه لأن العمل به ضمن العلوم الطبية والفحوص المخبرية والتحليلية وهذه ظهرت تقنياتها حديثاً ولم تكن موجودة سابقاً.

لذلك فقد اهتمت الشريعة الإسلامية غاية الاهتمام بالنفس والجسد ذلك لأن كلا منهما يعود بالخلق إلى الله سبحانه وتعالى وتكوين كل منهما على هيئة معينة أمر يتعلق بالخالق وليس لأرادة الإنسان دخل فيه فهو خارج عن إرادته.

هذا وإن رجال الفقه الإسلامي وكذلك أهل الطب والقانون يعترفون للعامل النفسي وانفعالاته بتأثيره العجيب في شفاء الأمراض إذ إن الكثير من الحالات قد يكون المرض جسمانياً وأسبابه تكون نفسية مما دعا إلى التزام الطبيب بتبصير المريض بمخاطر النشاط الطبي الذي يروم

^(١) محمد زيت الأبياني - شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية - ج ٣ - مكتبة النهضة بيروت - بغداد - بدون سنة طبع ص ١١٩.

^(٢) الشافعي محمد بن إمام - الأم - كتاب مختصر المزني - الطبعة الثانية - الجزء الثامن - دار المعرفة بيروت ١٩٧٣ ص ١٧٨.

^(٣) أبو القبطان عفيف الحوري - حكم الميراث في الشريعة الإسلامية - الطبعة الأولى - دار حنين - جامعة البرموك ١٩٩٥ ص ١٩٢.

اجراؤه للمريض، إذ إن ذلك يعزى الى تأثير العامل النفسي للمريض ومدى تأثيره في الجانب العلاجي مما دعا الاطباء الى هذا الالتزام وبالحدود التي تسمح بها حالة المريض النفسية^(١). عليه ولما تقدم فإن فقهاء شريعتنا الغراء اعتمدوا المعيارين النفسي ومعيار العلامات الظاهرة والباطنة في تحديد جنس الانسان .

ثانيا : الموقف القانوني من تحديد جنس الانسان

يتخذ ذوو الاختصاص من الاطباء والفنيين في المجالات المختبرية خطأ يتناسب والدقة المطلوبة منهم في اعتمادهم للمعايير المتبعة لتحديد نوع الجنس. وهذا الخط يكون ضمن اطار التعليمات واللوائح الخاصة باصول مهنة كل منهم وضوابطها المتوافقة والقوانين الصادرة والنافذة المفعول، فمن النظرة الاولى للتعليمات الصادرة من وزارة الصحة العراقية^(٢). والخاصة بمرضى اضطراب الهوية الجنسية Transsexualism ، فإن المعايير المتطلب اعتمادها واجراؤها للشخص هي معيار العلامات الظاهرة والباطنة والمعيار البايولوجي وكذلك النفسي. إذ يتطلب الامر من مقدم الطلب ان يجرى فحصاً سريرياً ظاهرياً للأعضاء التناسلية الخارجية وآخر للأعضاء التناسلية الداخلية بجهاز الرنين المغناطيسي والفحص بالامواج فوق الصوتية وذلك لتحديد نوعية الغدة التناسلية يخضع المريض أيضاً الى فحص الهرمونات التي تفرزها الغدة النخامية الخاصة بافراز الهرمونات الذكرية والانثوية^(٣).

وكذلك فحص الصبغيات الوراثية (الكروموسومات) وهي الخاصة بتحديد الجنس الوراثي وايضا يجرى للمريض في اضطراب الهوية الجنسية تقييماً نفسياً إذ إن من أعضاء اللجنة المسؤولة عن دراسة الطلبات المقدمة بهذا الخصوص الطبيب النفسي وآخرون في جراحة المجاري البولية والنسائية والتوليد واختصاصي في الوراثة الخلوية، ويتضح من ذلك أن الاطباء وفوي الاختصاص من أهل المهن الطبية وما تتطلبه التعليمات والضوابط يعتمدون على المعايير مجتمعة لتكون اراؤهم دقيقة ومتوافقة والرأي الصحيح المطلوب.

ومن الامور المستقرة في المجال الطبي (ان تحديد الجنس عند الرجل من فحص نوايا الخلايا وعند الجنس النسائي استناداً الى نسبة مهمة في تلك النوايا التي تشير الى وجود خلية جنسية تميزها مجموعة من الكروموسومات تطبق ضد التفاعل النووي) وهذا التحديد يترجم الجنس العضوي أي جانب المسالك التناسلية خصوصاً وهي الأكثر تحديداً او تأكيداً لاختلاف الجنس.

(١) د. الشهابي ابراهيم اشرفاوي - المرجع السابق - ص ١٣٣.

(٢) التعليمات ذي الرقم ٤ لسنة ٢٠٠٢ المنشورة في الوقائع العراقية - العدد ٣٩٥٧ بتاريخ ٢٠٠٢/١١/١٨ - ص ٥٨٠.

(٣) John Macleod . Op. Cit .p496

إفطبيعة الغدة التناسلية لدى الشخص تتبع من الناحية البايولوجية معيار تحديد الذكورة والأنوثة، فمثلا وجود الخصيتين دليل كاف على ان التكوين البايولوجي للشخص ذكري ولذلك فإن هذا المعيار يعكس الحقيقة الجنسية للشخص في تحديد جنسه اعتمادا على الاعضاء البايولوجية المكونة للجنس^(١). ويتضح مما تقدم أن المعيار الأكثر اعتمادا هو المعيار البايولوجي مع الأخذ بنظر الاعتبار الاعضاء التناسلية الداخلية والخارجية أي الظاهرة والباطنة وذلك يتم مختبريا وعبر فحوصات سريرية. لذلك فإن المعول عليه هي المعايير مجتمعة خصوصا في حالات يتوافر فيها التلبس ويكتنفها الغموض ولتمكين اهل الخبرة من اعطاء نتائج سليمة وواضحة فانه يعتمد على المعايير جميعا.

المطلب الثاني

معناه تغيير الجنس

لفرض الامام بجوانب هذا الموضوع وصولاً لبيان معناه سيتم للتطرق الى معنى بعض المفردات قدر تعلق أمرها بالحالة موضوعة البحث.

التغيير في اللغة : غيرت الشيء فنغير، وقال الكسائي هو أسم مفرد وجمعه اغيار، ونفايرت الاشياء اختلفت^(٢).

وغير الشيء : حوله وبذله بغيره، جعله غير ما كان، غاييره غيارا ومغايرة بادلته، خالفه كان غيره، والغير الاسم من غير ، تغير الحال وانتقالها من الصلاح الى الفساد^(٣).

اما للجنس ، يمثل ضرب من كل شيء ، وجمعه (اجناس) وهو أعم من النوع فالحيوان جنس والانسان نوع وحكي ان هذا بجانس هذا أي يشاكله^(٤).

فالجنس المقصود به هنا هو جنس الانسان ذكر كان او انثى مما يعني انه يمثل الذكورة والأنوثة، فاذا تم التزاوج بين الذكر والانثى تمت تسميتها بـ (الزوجين) والزوجية هذه موجودة في المخلوقات جميعا كما اخبرنا الله تعالى بقوله (وَمِنْ كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ لَكُمْ تَذَكَّرُونَ)^(٥).

عليه فإن لمصطلح الجنس معنيين ، الاول يشير الى الهوية الجنسية الذكورية والانثوية وهو قرار وراثي يتعين عند ائتمام الحيمن بالبويضة ، اما الثاني فيشير الى النشاط النفسي الذي يؤدي

(١) د. احمد محمود سعد - تغيير الجنس بين الحظر والاباحة - المرجع السابق - ص ٢٧٨.

(٢) محمد بن ابي بكر الرازي - مختار الصحاح - مكتبة النهضة - بغداد - ١٩٨٣ ص ٤٨٦ .

(٣) نواز افرام البستاني - منجد الطلاب - الطبعة الاولى - دار الشروق - بيروت ١٩٨٦ ص ٥٣١.

(٤) احمد بن محمد بن علي الفيومي - المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي - الجزء الاول - مطبعة مصطفى

البياني الحلبي واولاده بمصر - بدون سنة طبع - ص ١٢١.

(٥) سورة الذاريات - الآية ٤٩ .

الى الاتصال الجنسي المباشر وفي الوقت نفسه يؤلف الخطوة الاولى التي تؤدي الى التكاثر، بمعنى ان تكون هناك فرصة للجمع بين حيي الذكر وبويضة الانثى ليحصل على اثرها عملية الاخصاب، وهذا محصور في الانسان لمقتضيات هذا البحث والعلم الذي يعنى به هو علم الجنس (Sexology) ^(١).

اذ ان الله تعالى خلق بني آدم متناسلين جاء بعضهم من بعض ، فكان الذكر والانثى وقد القى الله سبحانه وتعالى في قلوبهم المحبة التي أعجزتهم عن اجتناب الشهوة فسافقتهم الشهوة المفطورة في خلقهم الى الاجتماع والتزاوج بين الذكر والانثى ^(٢). اما بخصوص فعل تغيير جنس الانسان فقد عرفه بعض الفقهاء بأنه التغيير الحاصل للشخص الذي يجعله على هيئة وشكل لجنس معاكس لجنسه المفطور عليه ، فهي حالة يجريها الاطباء او هي عملية مسخ يتم فيها استئصال وطمس المظاهر الجنسية الحقيقية للشخص واصطناع مظاهر للنوع الاخر ، والتغيير يكون ظاهرياً فلا يكتب هذا الشخص الصفات الحقيقية للنوع الاخر والتي على اساسها يصبح احد افراده فهو لا يكون كذلك اذ ان هذه العمليات في حقيقتها عمليات مسخ محرمة ^(٣).

اذ يتم تجاهل التركيب البيولوجي للشخص الذي فطره الله عليه الى شخص اخر مسخ، فالذكر يمكن ان يكون انثى بتدخل جراحي وكذلك الانثى الى ذكر وهي تكون بدون ضرورة طبية تدعو لها.

وقد نصت المادة ٤٥/ الفقرة الثالثة منها من القانون ذي الرقم ٥٨ لعام ١٩٩٤ الصادر بتاريخ ٢٢/ ايلول/ ١٩٩٤ في ولاية نيو ساوث ويلز على انها (العملية الطبية التي تقتضي تحويل مظهر العضو التناسلي الى الجنس المعاكس لجنس الشخص - ومن ممارسة طبي) ^(٤).

اذن نستطيع القول بان تغيير الجنس هو رغبة غير مبررة لافراد عاديي ، تكوينهم البدني سليم وكامل من الناحية التكوينية التي فطروا عليها - تظهر لديهم حسب قناعتهم الميل للتغيير الى الجنس الاخر، فيشرعون بطلب تغيير شكلهم الى هيئة الجنس الاخر واضعين لانفسهم مصوغات لا تمت لواقعهم بأية صلة بغية انتشار هذه اللوثة، وتلاقي هذه الرغبة ايجاباً من قبل بعض الاطباء فتلبى هذه الطلبات عن طريق تدخل جراحي. وسميت لوثه بعد ان انتشرت انتشاراً مفرعاً وقام

(١) د. علي الامير - الجنس بين النفس والفلسفة - الجزء الاول - ط١ - دار الشؤون الثقافية العامة - بغداد ٢٠٠٠

ص ١٢ .

(٢) ابو حامد الغزالي - الحكمة في مخلوقات الله - تحقيق الدكتور رشيد رضا - دار احياء العلوم - بيروت - ١٩٨٤ -

ص ٥٦ .

(٣) د. الشهابي ابراهيم اشرقاوي - المرجع السابق - ص ١٧ .

(٤) امل فاضل - المرجع السابق - ص ١٦٠ .

الاطباء بتنفيذ هذه الرغبات الشاذة واضعين بعلمهم هذا اطاراً لها وتجرى هذه العمليات بدون أي ضرورة طبية لأجراء التداخل الجراحي هذا^(١).

وهناك رأي آخر يذهب الى أنه التغيير الذي يجريه بعض الأشخاص، الذين يرومون تغيير جنسهم لمجرد المزاج الشخصي ويصفه بأنه تغيير جنس لمجرد المتعة أو لمجرد دوافع شخصية، ويستطرد بأنه لا يحق لهم المماس بالجسد الذي له قدر كبير من الحرمة المطلقة في جميع الشرائع ومنها شريعتنا الغراء التي تحرم مثل هذه الأفعال ولا تقرها، ويعد هذا الموضوع مرفوضاً من أساسه لأنه تغيير في الخلقة الطبيعية لبني البشر^(٢).

وبنو البشر هم الذكر والانثى، لكن من هو الذكر ومن هي الانثى؟ ولكي يحدد كلا منهما لتعلقهما بمنهج البحث حصراً نورد أنه يستثنى من ذلك المصابون بالأمراض التي تصيب الخلقة كما في الخنثى واضطراب الهوية الجنسية ومنها أمراض أخرى تسوغ حالاتها اجراء التداخل الجراحي كما سيتم بيانه.

فالذكر كامل الذكورة جسدياً ونفسياً هو من كانت خلايا جسده تحوي على الكروموسوم الذكري (XY) وله خصيتان، والأعضاء التناسلية الداخلية ذكورية والخارجية كاملة النمو، ويشعر بالإضافة لذلك أنه رجل يعيش ويتعامل كذلك مع الآخرين، حينئذ يعطى الشخص المسمى هذا، أما الانثى كاملة الانوثة جسدياً ونفسياً هي من كانت خلايا جسمها تحوي على الكروموسوم الانثوي (XX) ولديها مبيضان والأعضاء الداخلية أنثوية والأعضاء التناسلية الخارجية كاملة النمو. أو ان كلا منهما ناقصاً قابلاً للتحويل من قبل هرمون ذكري بالنسبة للذكور وهرمون انثوي بالنسبة للإناث^(٣).

وقد شاعت هذه العمليات في كثير من البلدان المتقدمة شيوعاً لافتاً للنظر. وقد يكون هذا الكلام ضرباً من الخيال لكن حدوثه يومياً في بلاد الغرب بدأ يفد إلينا في بلادنا، فقد تمت هذه العمليات في العديد من الدول العربية مثل المغرب وتونس ولبنان ومصر. وفي احد المستشفيات الخاصة في مدينة جدة بصورة سرية أيضاً وقد أعلن عنها الطبيب الذي أجرى العملية مدافعاً عن إجرائه هذا بقوله ان تحديد الجنس لا يبنى على العوامل البايولوجية فقط أو العلامات الظاهرة والباطنة للأعضاء التناسلية ولا حتى الكروموسومات وإنما يعتمد أيضاً على الرغبة النفسية التي

(١) محمد علي أياز - بحث لونه تحويل الجنس - المتاحة على الموقع الإلكتروني www.khayma.com في ٢٠٠٢/١١/٧ ص ٩.

(٢) محمد المحجوب الطريطر - حول تغيير الجنس بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية - مجلة المأمون السورية - العدد ٧، السنة ٢٠٠٢/١٦ - ص ٦٣٣.

(٣) الشهابي إبراهيم الشرقاوي - المرجع السابق - ص ٣٩.

يجب ان نوليها الاهتمام وانه قادر على حد قوله ان يجعل من الذكر انثى والعكس اذا ما طلب منه ذلك فيمكنه تحقيقه^(١).

والادهي من ذلك فان بلاد الغرب يروجون لذلك الموضوع ويعتدون ان الادوار الجنسية التي يمر بها الشخص اجتماعية المنشأ ، حتى ان الكثير من كتاباتهم ذهبت الى اعتبار التغيير في الجنس يتم على اساس الـ Gender أي العنصر الاجتماعي، فيذهب البعض منهم الى التساؤل عن المبررات الطبية اللازمة لاعطاء هذا الشخص الهرمونات المعاكسة لجنسه او خضوعه لاجراء عملية تغيير لأعضائه الجنسية. وتساؤل آخر حول المصوغ القانوني اللازم الذي يسمح بالتغيير على اساس الـ Gender والاجابة بحسب رأيهم هو أن الأسس الطبية والقانونية للتغيير تكون حسب المفهوم الاجتماعي لتغيير الجنس أي بحسب المتغيرات الاجتماعية لتغيير الـ Gender ونتيجة التطبع والتكيف^(٢).

فهناك بهذا الخصوص حادثة تفند ما ذهب اليه الغرب في ان الادوار التي يمر بها الشخص هي اجتماعية المنشأ أو نتيجة التطبع ، ففي عملية ختان مغلوطه اجريت لاحد الاولاد خلفت وراءها قضيباً أصابه تلف بجزء كبير منه، فقرر الأطباء تغيير جنس الولد الى فتاة فاجريت له عملية اخصاء وبالعلاج هرموني معين أصبح هذا الفتى فتاة، واصبحت ترتدي الفساتين وتلعب بالدمى ومن ثم ترعرعت على هذا الاساس واصبحت ثيابة وبعدها وبحملة دعائية قادها عالم نفسي زوجها وأقاد خلالها ان الفتاة متكيفة جدا مع حالتها الجديدة بحسب قوله وانها تضع حدا لكل تخمين فالادوار الجنسية اجتماعية المنشأ.

بعد ذلك قام أحد الرافضين لهذه الفكرة بتتبع حالة الفتاة وكان ذلك بعد مدة من تلك الحملة الدعائية فوجد ان هذا الشاب اكتشف حالته بعد أن رواها له والده قرر على اثرها ازاله أذنيه والتوقف فوراً عن تناول الهرمونات وعاد الى طبيعته كولد وأصبح يرتدي ملابس الشباب التي كان يحس باعماقه ان شيئاً ما ينقصه بهذا الخصوص وهي لبس وتصرفات الصبيان وبعدها تزوج من امرأة بعد أن تبنى اطفالها^(٣). ويدل هذا المثال ان الطبع هو الذي يلعب الدور في التثنية الجنسية وليس التطبع وبذلك يفند ما ذهب اليه الغربيون حيث ان تصرفات كل من الذكر والانثى تكون على اساس قطري.

(١) محمد علي البار - المرجع السابق - ص ٢٠.

(٢) Suzanne j. Kessler and wendy Mckenna - Gender an Ethnomethodological Approach . copyright by john wiley and son's . Newyork , 1978 P. 116

(٣) مات ريدلي - المرجع السابق - ص ٢٥٢ و ٢٥٤ .

المطلب الثالث

كيفية تغيير جنس الإنسان

وبعد انتشار حالة تغيير الجنس انتشارا واسعا التي معها صارت الرغبة النفسية في الجنس المطلوب من أهم العوامل لتحقيقه، هذا طبعا مع التجاهل التام للتركيب البايولوجي للكائن البشري المفطور عليه وتغييره ظاهريا الى كائن اخر مسخ تماما.

فان ما يقوم به الاطباء بهذا الخصوص بالنسبة للرجل كامل الرجولة من الناحية البايولوجية هو جب القضيب والخصيتين ويتم ايجاد فرج صناعي (صغير) من بقايا كيم الصفن، كما يتم زرع اثناء صناعية واعطاء وهذا الشخص هرمونات الانوثة بكميات كبيرة حتى يسنم الصوت ويتوزع الدهن في الجسم على هيئة الانثى، وعلى الرغم من ان الشكل الخارجي لمثل هذا الشخص قد يخدع الانسان فيظنه بالفعل انثى الا ان التركيب البايولوجي لا يزال ذكرا وان كان ممبوخا تماما . وبالتالي لا مبيض ولا رحم ولا يمكن ان تحيض (او يحيض) مثل هذا الشخص حتى انه لا يمكن ان يحمل قطعا^(١).

فالمعالجة تتم ابتداء نفسيا لكي يكتمل شعور وتصرف الشخص كامراة وبعدها يكون العلاج باعطاء الشخص هرمونات انثوية مكثفة. والمدة لذلك سنتان لكي يفقد معها الرجل شعر جسمه ولكي ينمو صدره كصدر الانثى وتخف خشونة الصوت. وبعدها وكما افاد الجراحون ان العملية تكون لمدة ثمان ساعات تحت المخدر وفيها تستأصل الاعضاء التناسلية الذكرية استئصالا كاملا ويتم حفر حفرة في اللحم بعمق ستة انجات لتكون بمثابة مهبل انثوي^(٢).

وفي قضية أخذت صداها في جمهورية مصر العربية لطالب طب الازهر / بنين، المدعو (س م) الذي اصبح بعد اجراء العملية يحمل الاسم (س) والتي تتلخص وقائعها، في ان الطالب المذكور حصل على تقارير من اطباء اكدوا متابعتهم لحالته. واكدت تلك التقارير ان حالته هي ما نعرف في مجال الطب النفسي والعصبي بـ Transsexuality ، وتقرير طبي اخر يؤكد ان حالته المرضية هي انه انثى نفسيا وغير صالح لحياة الذكورة وان العلاج هو اجراء جراحي تجميلي، وتقرير ثالث أكد فيه ما جاء بالتقرير الاول ووصف الحالة انها معروفة عالميا وانه يصعب علاجها نفسيا حيث انها تبدأ منذ الطفولة. وان الجراحة التحويلية يمكن الاستناد اليها لعلاج الحالة. وقد اجريت العملية للطالب في مستشفى الزمالك وبعد ذلك ألفت لجنة من فريق تكون من عدة اطباء لفحص الطالب، وهي بناء على قرار من عميد الكلية لمعرفة تفاصيل العملية وبعد اجراء

(١) د. محمد علي البار - المرجع السابق - ص ١.

(٢) مجلة ليدولن - العدد ١٧ - لسنة الثقبه - ابريل - ٢٠٠٢ ص ٥٣ - وذكرت المجلة ان العملية هذه اجريت للمهندس

براين (الذي يعمل سلاح البحرية البريطانية) وهو أب لسبعة أبناء - وتمت في احد المستشفيات البريطانية .

هذه اللجنة ما طلب منها انتهت الى ان الطالب اجرى عملية نون أية ضرورة طبية تدعو لها، وبموجبها استأصل القضيب والخصيتين واستحدثت له فتحة صناعية خلف فتحة مجرى البول الخارجي بقليل وان الطالب المذكور اصبح نتيجة الجراحة التي اجريت له - ذكرنا فاذا لاعضائه التناسلية الخارجية وانه كامل الذكورة واعضاؤه التناسلية مكتملة النمو كما كانت خصيتاه بحجمهما العادي ومكانهما الطبيعي بكيس الصفن. ولم تكن لديه أية أعضاء تناسلية انثوية خارجية او داخلية وان تشخيصه بانه خنثى يتعارض وما انتهت اليه هذه اللجنة، وانه كان يجب التركيز على العلاج النفسي لا التداخل الجراحي. وعرض الأمر على مجلس تأديب الطلاب بكلية طب الأزهر/ بنين، إذ تبين لهم من الأوراق والفحوصات عدم وجود أي اشتباه بالاختلاط بالجنس الآخر ومن الفحص الظاهري ان الاعضاء التناسلية الذكرية كاملة من حيث الحجم والتكوين وأكدت الأشعة بالموجات فوق الصوتية وجود غدة البروستات كاملة الحجم والتكوين وعدم وجود رحم او مبيض، اما فيما يخص تضخم الثدي الطالب يرجع الى انه تناول هرمونات الانوثة لمدة طويلة وكل ذلك طبعا ارفقته اللجنة بتقارير طبية تصف حالته بعد العملية الجراحية وقبلها^(١).

أما بالنسبة للمرأة كاملة الانوثة من الناحية الباثولوجية فانها هي الاخرى تتعرض لتغيير جنسها الى مسخ جديد يشبه الرجل في شكله الخارجي وحسب رغبتها النفسية، إذ يقومون باستئصال الرحم والمبيضين ويقتلون المهبل ويصنعون لها قضيبا اصطناعيا. كما يقوم الاطباء باستئصال الثديين واعطاء المرأة كميات من هرمونات الذكورة بكميات كبيرة لتجعل الصوت اجسا ومعها يمكن ان ينمو شعر الجسم بصورة قريبة من الرجل وكذلك العضلات فبذلك تتحول المرأة الى ما يشبه الرجل في ظاهره ويستطيع هذا الكائن ان يجامع لكن بدون قذف للمني^(٢). هذا وقد اورد جانب من الفقهاء^(٣). امثلة لجراحات تغيير الجنس وقد وصفت وصفا دقيقا يتلاءم وما اقدموا عليه هؤلاء وهو جراحات المسخ المحرمة والغرض من ذكرها هو لتبيان الى أي مدى يحدث التلاعب والعبث بخلق الله في تلك الجراحات، ومنها ما حدث للتوأم الامريكي كارولين ولارين، حيث شعر كلاهما بالفضب والاشمئزاز حين بدت عليهما اعراض الانوثة فاصبحا يلبسان الملابس الواسعة لاختفاء مظاهر جسديهما فقررا في سن العشرين اجراء عملية جراحية فخضعوا للعلاج النفسي لتهيئتهما اجتماعيا لحياة الذكور لمدة عامين، ثم علاج بالهرمونات الذكرية وبعدها اجريت لهما

(١) د. احمد محمود سعد - تغيير الجنس بين الحظر والاباحة - المرجع السابق - ص ٩٥ والمزيد من الاقادة راجع د.

محمد علي البار - المرجع السابق - ص ١ ومابعدها و د. الشهابي ابراهيم الشرقاوي - المرجع السابق - ص ٢٦٤ ومابعدها .

(٢) د. محمد علي البار - المرجع السابق - ص ٢ .

(٣) د. الشهابي ابراهيم الشرقاوي - المرجع السابق - ص ١٧١ .

أعماله استئصال الثديين وفي العام التالي تم استئصال الرحم والمبيضين وسميا نفسيهما (مايكل ومارك) وتزوج كل منهما مرة وانتهت العلاقة الزوجية بالطلاق الودي وذلك بسبب طبيعتهما غير المكتملة.

المبحث الثاني

تمييز تغيير الجنس مما يشبه به

لكي نستطيع ان نضع حدودا فاصلة بين تغيير الجنس الظاهري للانسان، هذه الرغبة غير المبررة في تغيير الشخص لجنسه على نحو معاكس لما هو عليه في حقيقته الجنسية وما ينتج عن ذلك هو الكائن المصنوع تماما، وبين حالات اخرى تتشابه معها كحالة الشذوذ الجنسي وهل تعد حالة للتغيير صورة من الصور الخاصة بالشذوذ أو انها تعد مظهرا من مظاهرها وكذلك حالة تصحيح جنس الانسان التي تجرى لمرضى اضطراب الهوية الجنسية Transsexualism وهي تبيح الضرورة الطبية فيها اجراء التداخل الجراحي، وحالة الخنثى التي تجرى له الجراحات الطبية من أجل التحويل الى الجنس الغالب واطهاره فيه. وللخصوصية التي يتسم بها الموضوع من ناحية الاصحح الرأي فيه وفقا لرؤية القانون الجنائي خصوصا مع عدم وجود دواع طبية لاجراء التداخل الجراحي فيها اقتضى للتمييز بينها وبين تلك الحالات وسيعالج ذلك ضمن ثلاثة مطالب متتابعة.

المطلب الاول

الشذوذ الجنسي

أبتداء لا بد من بيان معنى للشذوذ الجنسي Sexual Pererssions فهو يمثل تنبه الغريزة الجنسية واطفاء الشهوة بصورة غير طبيعية ويسميه البعض ضلال الشهوة او انحرافها، إذ إن الثوري الجنسية تتنبه بغير المنبه الطبيعي أي بنير الجماع بين الرجل المرأة^(١).

يصطلح عليه أيضا (باشتهاء الجنس الاخر) ويكون الشخص ذا شذوذ جنسي وله كذلك ولم جنسي باشخاص من نفس جنسه . فهو انجذاب جنسي نحو شخص من ذات الجنس خارج السلوك الطبيعي لو السوي وغالبا ما يرتكب هذا الفعل من الذكور الشاذين فيسمى الفعل بـ فعل اللواط. ويمكن ان نعرفه بصورته التقليدية وكونه (جريمة ضد الطبيعة) فيتضمن الجماع الجنسي للمخلوقات البشرية بطريقة غير الطريقة الطبيعية وانه يقع بين ذكرين او انه يقع بين ذكر وانثى وهناك طرق اخرى له تقع مع الحيوانات او البهائم، لكن لسنا بصدد مناقشة ذلك إذ تكفي الإشارة إليه لأنه من قبيل انواع الشذوذ الجنسي^(٢).

(١) د. وصفي محمد علي - المرجع السابق - ص ٣١٥.

(٢) د. محمد يوسف الفجار وجارلس اي اوهارا وغريغوري ال اوهارا - اسس التحقيق الجنائي للقسم الخاص - التحقيق

اما اذا ارتكب الفعل الاناث الشاذات فانه يسمى بالسحاق. والمساحقة، وهي من المصطلحات المستعملة في لغتنا العربية وتدل على ممارسة الاناث للعلائق الجنسية مع مثلن أي انها الجنسية المثلية الانثوية Female Homosexuality ومصطلح الجنسية المثلية Homosexuality يشير الى العلاقة الجنسية بين شخصين من جنس واحد. وهي ببساطة سميت بالمثلية تعريفا لها وتمييزا من العلاقة الطبيعية بين جنسين مختلفين، فانها تعد انحرافا او شذوذا عن العلائق الطبيعية فإذا أردنا التمييز بين العلائق الطبيعية وغير الطبيعية فمن الأفضل تتبع التعريف التقليدي للجنس الطبيعي حرفيا والذي يشترط في الجنس الطبيعي وجود دافع جنسي طبيعي، له هدف طبيعي يتم اشباعه بطريقة طبيعية. والهدف الطبيعي هو الحصول على اللذة الجنسية عن طريق الاتصال الجنسي المباشر بالجنس المعاكس^(١). فالشذوذ الجنسي تغيير اتجاه الرغبة الجنسية او ظروف تحقيقها، فعندما تكون بين الذكور (اللولوية) فتتغير اتجاه رغبتهم الجنسية نحو نفس جنسهم. اما ممارستها من قبل الاناث فهي (السحاق) وتعني ممارسة الانثى الجنس مع انثى اخرى^(٢).

ولغرض الايضاح سأتطرق باختصار في الأفرع الآتية الى اسباب الشذوذ وصوره في الاول اما الفرع الثاني فيكون لموقف الشريعة الاسلامية الغراء من الشذوذ، لتكن الصورة واضحة ولغايات التمييز بين هذه الحالة وما نحن بصدد بحثه والذي سيكون موضوعاً للفرع الثالث من هذا المطلب.

الفرع الاول

اسباب الشذوذ وصوره

أجمع الباحثون والعلماء ان اسباب الشذوذ الجنسي في الذكر والانثى واحدة وهي اما ان تكون فطرية (بيولوجية) واما ان تكون لاسباب اجتماعية (بيئية) وان هذا الجدل بين العلماء كان حتى اواخر القرن التاسع عشر اما الاتجاهات العلمية الحديثة في وقتنا الحاضر تشير الى ان اسباب هذه الظاهرة هي تفاعل العاملين معا في اثناء نمو الفرد العقلي والعاطفي داخل مجتمعه. وان تغلب احد العاملين يعتمد على ظروف تنشئة الفرد قبل وصوله سن النضوج^(٣). وللشذوذ الجنسي ايضا صور اجمع عليها العلماء والباحثون ، وسأتناول في هذا الفرع وضمن فقرتين الاولى اسبابه والثانية صورده.

(١) د. علي الأمير - الجنس بين النفس والفلجة - ج ٢ دهر الشؤون الثقافية العامة بغداد ٢٠٠٠ ص ١٥٢.

(٢) حسين سليم - المرجع السابق - ص ٢١٩.

(٣) د. علي الأمير - المرجع السابق - ج ٢ ص ١٦٨.

لولا. اسباب الشذوذ الجنسي

ان الباحثين قد اعطوا اسبابا في تفسير الانحراف وابتعاده عن المألوف ومعظم هذه الاسباب تقع في مجالين اساسيين الاول البيولوجي والثاني البيئي ضمن نظريات تقدمها باختصار:

أ. النظريات البيولوجية

افاد الباحثون ان هناك اختلالاً في الكروموسومات في فترة ما في العمر الجنيني للفرد. وآخرون رأوا انها تعزى الى نقص في الاندروجين في الذكر والزيادة منه في الانثى، وان ذلك لا يجد ما يدعمه بدليل قطعي خصوصا ان المحاولات العلاجية لتعديل نسبة الهرمون بغية تحقيق التوازن الهرموني لم تؤد الى تحويل حياة المنحرف هذا الى المجرى الطبيعي وانه لا وجود لفارق هرموني في الذكور والاناث لممارسي العلائق الجنسية الطبيعية من غير الطبيعية.

ويرى بعض الباحثين نوي الاختصاص ان فعل الهرمونات المؤدي الى هذه الانحرافات يحدث معظمه في الفترة الجنينية من النمو ويستمر بعد الولادة بمدة قصيرة وانه يولد الخلفية البيولوجية التي تمهد لهذه الانحرافات. بعد ذلك ان هذه الابحاث دلت على وجود ارتباط ملحوظ بين الاتجاه الجنسي ومعالم الشخصية بحدود ما نسبته ٠,٥ و ٠,٦ عما يقرر وجود العنصر الوراثي لهذا الاتجاه ويعزي الباحثون هؤلاء الى ان الوراثة تزود نصف الاتجاه نحو الجنسية المثلية ونصفها الآخر يعزى للمجال البيئي^(١) الذي سيأتي بيانه في الفقرة الآتية.

ب. النظريات البيئية:

معظم النظريات تتجه الى ان هذا النوع من الانحراف يجد اصوله في الطفولة وتجاربها وان التجارب الجنسية المبكرة للطفل ترسم مسار اتجاهه نحو الممارسة الجنسية في المستقبل لكن اصحاب هذه النظرية لا قوا انتقادات جاء مجملها ما يحضنها في ان هذا الانحراف موجود وواسع الانتشار عند الاطفال وهي تعد اول تجاربهم الجنسية لكن مع ذلك نسبة قليلة منهم يبقون على ممارستها عند الكبر، وهناك من النظريات ما اشار الى طبيعة العلاقة بين الطفل او الحدث وبين والديه وخاصة الأم، ومنها ايضا يشير الى ان الهوية الجنسية التي يتخذها الفرد أساسا لتعامله الجنسي فهي تتكون وتنتشر في تكوينها بالفطرة الاجتماعية للطفل او الحدث النامي ومنها ما يشير ايضا الى التجارب الحياتية التي يتطبع عليها^(٢). هذا وان العلماء الذين يغلّبون العوامل البيئية لا ينكرون أن هناك حججا وادلة تنفي تأثيرها وتقلل من أهميتها ذلك ان تأثير تعامل الام مع سلوك

(١) د. علي كمال - المرجع السابق - ص ٢٤٨.

(٢) د. علي الأمير - ص ٢ - المرجع السابق - ص ١٦٩ وللمزيد انظر د. علي كمال - المرجع السابق - ص ٢٤٩.

ابنها ومع وجود اب صلب يحاسب ابنه على كل شيء صغيرا كان او كبيرا طالما انه سلوك غير طبيعي - وأحد الأبحاث في هذا المجال أثبت ان ٧٠% من ممارسي الجنسية المثلية كانت تتسببتهم في مثل هذا الجور العائلي^(١). ونرجح ما ذهب اليه أصحاب الاتجاهات الحديثة من ان اسباب الشذوذ الجنسي تعزى لتفاعل الاساسين البيولوجي والبيئي معاً.

ثانياً. صور الشذوذ الجنسي

للشذوذ الجنسي صور عديدة نذكرها وفق الترتيب الآتي:

أ. الاستمناء Masturbation ويسمى أيضاً بالاستئزال Manipulation وهو الدعك باليد او ببعض الاصابع للقضيب بالنسبة للذكر او البظر او الثغرين بالنسبة للإناث وهو وما يسمى بالعادة السرية^(٢). ويعني أيضاً الهياج الجنسي المصطنع بعيداً عن الجماع^(٣).

ب. الجنسية المثلية او اشتهااء للمماثل او الاورانية Uranisim وهو اطفاء الشهوة الجنسية بين شخصين من جنس مماثل كما بين.

ج. الفنتشية Fetishism وهي تهيج الغريزة الجنسية اثر النظر الى اعضاء الجنس الاخر.

د. اللعق او اللحن او الاستحلاب Fallatio وهو اطفاء الشهوة الجنسية بلحن الرجل البظر او شفر المرأة او استحلاب المرأة لقضيب الرجل مصاً بالفم حتى يتم الاستئزال.

هـ. النرجسية Necrophilia وهو يكون معجبا بتكوين جسمه ويستمد الشهوة الجنسية منه وهو يتطلع او ينظر الى اجزاء جسمه او تلمسه لها.

و. اشتهااء الموتى Necrophilia وهو اطفاء الشهوة الجنسية بمضاجعة الميت او النظر الى جثة عارية او مكسوة.

ز. الهيام بالصغار Pederasty - Pedophilia وهو اللواط بالصغار وحتى الاطفال احياناً.

ح. البهيمية Zoophitia وهي مجامعة الحيوانات.

ط. الشهوة باذى Algolagnia وهي التهيج اثر الاعتداء على الغير وقد يصل الى قتل وله صور.

١. السادية Sadism.

٢. الماسوشية Masochism وهو ان يتم الفعل بعد تحمل الالهانة والاذى المادي واستعمال الكلام البذيء^(١). مع ملاحظة ان البعض لا يعد قسم منها من قبيل صور الشذوذ الجنسي لكن المقصود هنا وبإيرادنا لها هو ما كان خارجاً عن المألوف وعن الطبيعة السوية.

(١) د. علي الأمير - المرجع السابق - ج ٢ - ص ١٧٠ .

(٢) د. وصفي محمد علي - المرجع السابق - ص ٣٨٥ .

(٣) حسين سليم - المرجع السابق - ص ٢٢٢ .

الفرع الثاني

موقف الشريعة الإسلامية من الشذوذ الجنسي

نظرة الإسلام لتغريزة الجنسية جاءت متطورة، فهي طاقة خالصة اخذت بنظر الاعتبار المصير الاجتماعي للأفراد، فالفرد لا يعيش الا داخل نظام اجتماعي. واي نظام اجتماعي يفرض مجموعة من القوانين والتي بدورها تحدد ما اذا كان استعمال الغرائز قد اخذ وجهته الحسنة ام اللبiche، وبالتالي فان طريقة استعمال الغرائز هي التي تفيد النظام الاجتماعي او قد تضر به وليس الغرائز بنفسها ويترتب عليه ان الفرد في النظام الاسلامي غير مجبر على التخلص من غرائزه او التحكم فيها مبدئيا بل ان المطلوب منه ان يمارسها تبعا لما تفرضه الشريعة الاسلامية من احكام وقواعد^(٢). والشذوذ الجنسي يعد من الجرائم الخلقية التي تعتبر غير لائقة بالنوع الانساني وفطرته التي فطره الله عليها، فهو عدوان ظاهر على الانسانية وخروج واضح عن سنن الله الطبيعية، عليه اسماء الله جل في علاه فاحشة^(٣).

فحكم هذه الافعال محرم في الشريعة الاسلامية وهناك استدلال على تحريمها في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة.

فاما في القرآن الكريم: إن الايات جاءت مخاطبة لقوم لوط (أَتَأْتُونَ الْفَاحِشَةَ مَا سَبَّكُمْ بِهَا مِنْ أَعْدٍ مِنَ الْعَالَمِينَ)^(٤). فوجه الاستدلال وصفه ذي العزة لها بالفاحشة فتدخل في عداد الفواحش التي حرمها الله سبحانه وتعالى ما ظهر منها وما بطن. وكذلك قوله تعالى (وَكُوطًا أَتَيْنَاهُ حُكْمًا وَعِلْمًا وَرَجَّيْنَاهُ مِنَ الْآثَرَةِ اَلَّتِي كَانَتْ تَعْمَلُ الْخَبَائِثَ اِنَّهُمْ كَانُوا قَوْمًا سَوِيًّا فَاسِيًّا)^(٥). وهنا جعل الله تعالى عملها من جملة الاعمال الخبيثة والخبائث محرمة وايضا القوم الذين يرتكبونها (قَوْمًا سَوِيًّا فَاسِيًّا) ولا يوصف بالسوء والفسق الا يكون من عمل الحرام.

(١) د. وصفي محمد علي - المرجع السابق - ص ٣٨٥ وللمزيد من التفاصيل الرجوع الى د. علي الامير - المرجع السابق - ج ٢ - ص ١٧٥ وما بعدها جازلن أي لوهارا وغريغوري ال لوهارا - المرجع السابق ص ٢٩٩ وما بعدها د. علي كمال - المرجع السابق ص ٢٢٧ وما بعدها.

(٢) فاطمة المريني - الجنس كهندسة اجتماعية بين النص والواقع، ترجمة فاطمة الزهراء زربول، نشر الفنك - ١٩٩٦ ص ١١.

(٣) عبد الرحمن الجزيري - فقه السنة على المذاهب الاربعة - ج ٤ - ط ١ / دار الفكر بيروت / لبنان ١٣٩٢ هـ - ١٩٧٢ م ص ١٣٩.

(٤) سورة الاعراف / الآية ٨٠.

(٥) سورة الانعام / الآية ٧٤.

أما بالنسبة للسنة النبوية الشريفة: فقد جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم قوله (من وجدته يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمنعول به) (١).

روي أيضاً عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال (إن أخوف ما أخاف على امتي عمل قوم لوط) (٢). وكذلك الحديث (أربعة يصحون في غضب الله تعالى ويسون في سخط الله قليل من همها رسول الله قال: المشبهون من الرجال بالنساء والمثبهات من النساء بالرجال، والذي يأتي البهيمة والذي يأتي الرجل) (٣).

يلاحظ أن الأحاديث الشريفة دلت على حرمة اللواط ولولا الحرمة لما خشي النبي صلى الله عليه وسلم على أمته من فعلها ودليل عدم الرضا واضح منها وهو مترتب على ارتكاب محرم لذلك يعتبر من المحرمات (٤).

وإذا كان يؤتى من الخلف فإنه يحد رجماً بالحجارة حتى يموت ولا ينفع النقي إذا ثبت عليه ذلك (٥). وبذلك نرى أن شريعتنا الغراء وضعت لجلب مصالح السلامة ولدرء المفسد والامسقام ولدرء ما أمكن درؤه من ذلك وجلب ما أمكن جلبه من المنافع للناس، وتعاليم الشريعة كنظام قانوني متطور نهت عن تلك الفواحش وإن وجه الحرمة واضح، بينما توظف له في بلاد الغرب كل الوسائل العلمية والإعلامية توظيفاً شديداً وذلك للمتاجرة بالجنس وهرية مثل هذه التصرفات لا بل المجاهرة بها. أما ما يخص موضوع البحث فهو كما أسلفت طمس المعالم الجنسية للشخص ولكن الأهداف بالنتيجة واحدة هي إشاعة الفساد بغية إبعادنا عن تعاليم ديننا والتخلي عن قيمنا وأخلاقنا.

الفرع الثالث

أوجه الاختلاف بين تغيير جنس الإنسان و الشذوذ الجنسي

يتجلى الاختلاف بين الحالتين ضمن النقاط الآتية :

١. يعد الشذوذ الجنسي انحرافاً عن العلائق الطبيعية بين الجنسين فتكون تصرفاتهم خارج السلوك الإنساني ومن نفس النوع - ويكاد يكون الأمر كذلك في تغيير جنس الإنسان إلا أنه يتم بموجبه

(١) أبو داود ٤٦٨/٣ سنن الترمذي ٥٧/٤ وابن ماجه ٨٥٥/٢ .

(٢) مجمع مستدرک الحاكم ج ٤ ص ٣٩٧ / ٨٠٥٧ - سنن الترمذي ج ٤ حديث رقم ١٤٥٧ ص ٥٨ .

(٣) الزواجر لابن حجر ١١٠/١ .

(٤) د. عبد الملك عبد الرحمن السعدي / العلاقات الجنسية غير الشرعية وعقوبتها في الشريعة والقانون - القسم الأول -

دار الانتشار للطباعة والنشر ١٩٨٩ ص ١٧١ .

(٥) عبد الرحمن الجزيري - المرجع السابق - ص ١٣٦ .

تجاهل التركيب البايولوجي للشخص بعد ان يتناول طالب التغيير هرمونات انثوية مثلا ان كان رجلا يروم من خلال ذلك ان يكون على هيئة انثى وذلك بسبب رغبته في الظهور بصورة غير الصورة التي هو عليها في حقيقته.

٢. تغيير جنس الانسان يتم بتدخل جراحي، لكنه في الوقت نفسه يكون بدون دواع طبية او علاجية أي بناء على الرغبة المجردة لطالب التغيير. في حين ان الشاذين جنسيا لا يكونون كما هو عليه حالهم بتدخل جراحي، وانما يكونوا كذلك بسلوكهم غير السوي والمنحرف في الوقت نفسه عن الطبيعة السوية.

٣. تعزى تصرفات ذوي الشذوذ الجنسي الى اسباب سبقت الاشارة اليها وهي على نوعين بيئية وبيولوجية، اما اسباب تغيير الجنس فهي لا تعدو أن تكون سوى ادعاءات يدعيها طالب التغيير وفقا لمسوغات لا تمت الى واقعهم بآية صلة أي انها واهية لا ترقى ان تكون سببا لاقدامهم على تغيير جنسهم، ولم يتم تحديدها بسبب قلة البحوث في مجالها، اما ما عرض من حالات فان اصحابها يعزون ذلك لاسباب نفسية وان لديهم احساس وميل للتغيير للجنس الاخر او للجنس المعاكس لجنسه، اما ميل الشاذ جنسيا يكون نحو نفس الجنس .

٤. الشذوذ الجنسي هو تغيير اتجاه الرغبة الجنسية او ظروف تحقيقها ، فهي مثلا تتم برغبة جنسية لدى صاحبها نحو نفس الجنس وعملهم على الأغلب يكون عمل قوم لوط في حين أن تغيير الجنس هو أن يكون الرجل على هيئة انثى او العكس فهو طمس للرغبة الجنسية لدى طالب التغيير عندما يقوم الاطباء بجب القضيب واستئصال الخصيتين فماذا يتبقى من موضوع الرغبة الجنسية.

٥. تبقى صورة الرجال الأسوياء الذي أصبحوا شاذين جنسيا على هيئة رجال دون انقاص من أعضائهم التناسلية اما بالنسبة للرجال المغيرين لجنسهم فتختلف هيئتهم من هيئة رجل الى كائن اخر مسخ على شكل امرأة وهو ليس كذلك وانما رجل فاقد لأعضائه التناسلية وكذلك اذا حدث العكس بتغيير جنس المرأة الى رجل فهو ليس رجلا وانما امرأة فاقدة لأعضائها التناسلية.

٦. الشاذ جنسيا يعمل عمل قوم لوط فيمارس الجنس مع مثله ويسمى مرتكب العمل لوطي والمرأة سحاقية والشواذ تطلق على كل من الفاعل والمفعول به اما المغير لجنسه لا يسمى بهذه التسميات.

نخلص الى ان الاختلاف واضح بين تغيير الجنس والشاذين جنسيا، لكن قد يكون للمغير لجنسه لو لطالب التغيير تصرفا كتصرفات الشاذين جنسيا وأقدم بعدها على تغيير جنسه فان ذلك لا يعد تشابها بقدر ما يكون تصرف وسلوك غير طبيعي في كلا الحالتين مع الاختلاف وفق ما تقدم.

المطلب الثاني

٧٠٠١٢٢ تصحيح جنس الإنسان

لاجل الاحاطة بجوانب موضوع تغيير جنس الانسان اقتضى تمييزه بهذه الوقفة عن موضوع تصحيح جنس الانسان الذي تبيح الضرورة الطبية فيه اجراء التداخل الجراحي لقرب الموضوعين تشابها من بعضهما، إذ إن الفاصل الرئيس بينهما يتجلى في الرغبة بالتغيير إذ إن الرغبة في التحول في حالة تصحيح جنس الانسان تكون على الرغم من صاحبها أي انه يكون مرغما على ذلك، اما في حالة تغيير جنس الانسان فيكون التغيير فيها بناء على رغبة الشخص المجردة ويفصل بين هذه وتلك حالة التشخيص المعقدة كحد فاصل بينهما لتبيان ما اذا كان هناك ضرورة طبية علاجية لاجراء العملية الجراحية من عدمه. وايضا يتعين معرفة ضوابط تصحيح الجنس وواجه الاختلاف بين الحالتين لذلك سأتناول هذا الموضوع في ثلاثة افرع اتناول في الاول معنى حالة تصحيح جنس الانسان اما الثاني سيكون لضوابط حالة التصحيح ونفرد الثالث الى موضوع اوجه الاختلاف بين حالتى التصحيح والتغيير.

الفرع الاول

معنى تصحيح جنس الإنسان

تصحيح جنس الانسان: حالة مرضية تخص مريض اضطراب الهوية الجنسية والتي يصطلح عليها بمصطلح Transsexualism والمقصود به هو (حب الانتماء للجنس الاخر والمحاولة بتغيير جنسه للجنس الاخر ولو جراحيا) ^(١). ويمثل ايضا بأنه رغبة الشخص العلومة - وعلى الرغم من مظهره الفيزيقي والتكويني الواضح - في الميل الى التحول للجنس الاخر وشعوره بالنفور والاشمئزاز من أعضائه التناسلية فهو يعد نفسه ضحية خطأ الطبيعة، وينتاب مريض تحول الجنس شعور بعشق الذات والرغبة في الاستعراء الفاضح ^(٢).

وأنه شعور هذيانى أيضاً ينتاب بعض الافراد العاديين في تكوينهم البدني بانتمائهم الى الجنس الاخر. او رغبة في تغيير الجنس والتي لا تكمن فقط في الرجل في ان يلعب دور المرأة وانما في ان يكون من الناحية الجنسية امرأة والعكس صحيح أيضاً ^(٣).

وكل هذه التعريفات تشير الى مفهوم المصطلح الفرنسي Transsexualism الذي يمثل الحالة التي يوجد فيها شخص من جنس محدد مقتنعا اقتناعا مطلقا بانتمائه الى الجنس الاخر مما

(١) حسين سليم - المرجع السابق - ص ٢٢٥ .

(٢) د. عمر فاروق القفل - تحول الجنس بين الشريعة والقانون - منشور في مجلة المحامون السورية الاعداد ١٠، ١١، ١٢،

- السنة ٥٣ - ١٩٨٨ ص ٨٧١ .

(٣) د. احمد محمود سعد - تغيير الجنس بين الحظر والاباحة - المرجع السابق - ص ١٩٦ .

يثير بداخله تناقضا رهيبا، هذا التناقض يضيف عليه شعور بأنه مجني عليه في غلط لا يحتمل من الطبيعة اذ يشعر بأنه أنثى في جلد رجل أو العكس ويبغض جسده بغضا يدفعه الى سلوك مساك الجنس الآخر الى التخثت ، الى الانحطاط الى حتى قطع عضوه بنفسه او الانتحار الا انه على الرغم من ذلك لا يعد مجنونا^(١).

ويعرف الـ Transsexualism ايضا بأن صاحبه ((هو الشخص الذي يشعر بنفسه بأنه ينتمي الى الجنس المعاكس لجنسه ويحس بذلك بداخله ويكون هذا الشعور على الرغم منه ومن رغبته ، أي الرغبة وعدم الرغبة تكون على الرغم من شعوره فيما لا يكون خفيا تشريحه الجنسي العام)) وقد عرف تعريفا آخر: ((صاحب هذا المرض هو الشخص الذي يتعاطى هرمونات مغايرة لجنسه، لكي يظهر أمام الناس وكأنه او كأنها على هذه الصورة الجديدة منذ البدء فيقدم على تغيير أعضائه التناسلية بعملية جراحية))^(٢). وبدورنا نقول ان من يتعاطى هرمونات مغايرة لجنسه هو يقوم بعمله هذا باختلاق هذه الحالة لكي يظهر أمام الجميع انه على الحالة الجديدة هذه منذ البداية فهو يوهم الاطباء بأن حالته مرضية تستوجب الجراحة في حين انها مختلفة وبفعل فاعل، واذا سلمنا بهذا نكون قد فتحنا الباب على مصراعيه امام من يريد تغيير جنسه ان يتناول هذه الهرمونات وصولا لاجراء مثل هذه الجراحات المسخ وبدون ادنى رادع لذلك أفلا يعد ذلك تشجيعا على تفشي مثل هذه الأفعال؟.

الفرع الثاني

ضوابط تصحيح جنس الإنسان

يتعين لمعرفة ضوابط حالة تصحيح جنس الإنسان ان نتطرق اولا الى بيان اعراض المرض والمراحل التي يمر بها مريض اضطراب الهوية الجنسية والتي على أساسها تشخص الحالة، ومن ثم معرفة الشروط اللازم توافرها لاجراء التداخل الجراحي والمراحل العلاجية التي يستلزم على مقدم الطلب الخضوع لها عملا بما جاء بهذه للضوابط كل ذلك سيكون ضمن الفقرات الثلاث الآتية.

أولا: اعراض المرض

ينتاب المريض المصاب باضطراب الهوية الجنسية شعور يتمثل بعشق الذات والرغبة في الاستعراء الفاضح وان المراحل التي يمر بها تكون على الوجه الآتي:
المرحلة الاولى: تسمى بمرحلة ارتداء ملابس النساء.

(١) نقلا عن د. الشهابي ابراهيم الشرقاوي - المرجع السابق - ص ١٥٦ .

(٢) Suzanne Kessler , Op . cit . p 115

المرحلة الثانية: هي مرحلة الشعور بالرغبة في تملك الاعضاء التناسلية الخاصة بالجنس الآخر.
المرحلة الاخيرة: تتمثل في الرغبة في التخلص من أعضائه التناسلية والمطالبة بأجراء الجراحة
وحالة رفض الجراحة تلجئ المريض إلى احدث تشويه بنفسه يصل إلى الانتحار ، واكدت دراسة
ان هذا المرض يظهر بين الذكور ما بين سن ١٣-٥٠ سنة من العمر اما بالنسبة للاناث فلا يتعدى
سن العشرين من العمر^(١).

ثانياً: شروط تقديم طلب التصحيح

ان التعليمات الصادرة عن وزارة الصحة في العراق والمشار اليها سابقاً قد بينت هذه
الشروط وهي كما يأتي:

أ- ان يقدم طالب التصحيح طلباً يروم فيه اجراء الفحص لغراض التصحيح اذا كان بالغاً سن
الرشد، وفي حالة عدمه يكون تقديم الطلب من ذويه ويتمثل هذا الشرط برضا المريض أي
تمكنه وتوافر الأهلية اللازمة لاعطائه الرضا^(٢).

ب- ان يقدم الطلب الى اللجنة المختصة لغرض قيام الاخيرة بدراسة طلب التصحيح ومدى
موافقته للقانون (اللجنة المختصة هي اللجنة المشكلة في مستشفى حكومي حصراً في كل دائرة
صحة في جمهورية العراق، اما بغداد فتشكل هذه اللجنة في دائرتي الصحة فيها)

ج- يجب ان يقدم صحبة طلب التصحيح - سواء أكان مقدم الطلب المريض او ذويه - تقريراً
طبياً من الطبيب الاختصاصي الذي قام بتشخيص الحالة^(٣).

د- يجب ان يتضمن التقرير الطبي الرأي العلمي في نوع العملية تضمناً تفصيلياً.

ولخطورة مثل هذه العمليات يفضل ان يؤيد رأي الطبيب الاختصاص من نقابة الاطباء.

ثالثاً: المراحل العلاجية

وهذه تؤلف مرحلتين الاولى: هي المخصصة للفحص بغية تشخيص الحالة والوقوف على
حقيقتها وتكون من اختصاصيين في المجالات الطبية. اما المرحلة الثانية: فهي مرحلة العلاج
الهرموني.

أ. المرحلة الاولى:-

ففي هذه المرحلة يجب على المريض ان يخضع الى عدة فحوص منها التقييم النفسي الذي
يجريه الطبيب النفسي ومن ثم الفحص السريري الظاهري للاعضاء التناسلية الخارجية وبعدها

(١) د. عمر فاروق الفحل - المرجع السابق - ص ٨٧١ .

(٢) انظر المادة الاولى من التعليمات المشار اليها سابقاً .

(٣) انظر المادة ٢ من التعليمات اعلاه.

الفحص بالأمواج الصوتية أو الوسائل الطبية الأخرى مثل الرنين المغناطيسي وهو خاص بالأعضاء التناسلية الداخلية لتحديد نوعية الغدد التناسلية لدى المريض.

و خلال هذه المرحلة يتم عرضه على موظف قانوني أيضا (وهو احد اعضاء اللجنة) ويكون دوره توجيه وتفهم مقدم الطلب أو ذويه إن كان صغيرا غير بالغ لسن الرشد عن الآثار القانونية الناجمة عند تلك العملية^(١).

ب. المرحلة الثانية:

وهي الخاصة بفحص الهرمونات التي تفرزها الغدة النخامية. وفحص خاص لتنشيط عمل الغدة الجنسية ونتيجة إفراز الهرمونات وبعدها يتم فحص الصبغيات الوراثية وذلك لتحديد الجنس الوراثي فإذا تم تشخيص الحالة بأنها Transsexualism فإن اللجنة تحول الأوراق إلى اللجنة الطبية النفسية الأولية وقرار الأخيرة يكون قبل اللطعن فيه استئنافا امام اللجنة الطبية الاستئنافية. وبعد هذه الموافقات يخضع المريض إلى برنامج تأهيلي للمدة التي تقررها اللجنة وتمثل المرحلة العلاجية هذه بدءا لخضوع المريض لعملية التصحيح^(٢).

الفرع الثالث

أوجه الاختلاف بين تغيير الجنس وتصحيح جنس الإنسان

تؤلف أوجه الاختلاف في النقاط الآتية :

١. تصحيح جنس الإنسان مرض قديم ومعترف به ويتمثل كما أسلفنا برغبة قوية للشخص للتحويل إلى الجنس الآخر ، أما تغيير الجنس فلا يعد مرضا وإنما هو رغبة للتغيير إلى الجنس الآخر وتكون مجردة من أية دواع طبية .

٢. يتم تصحيح جنس الإنسان بتدخل جراحي وكذلك الأمر بالنسبة لتغيير جنس الإنسان لكن الاختلاف يكون في الهدف العلاجي ففي تصحيح جنس الإنسان يكون إجراء الجراحة بقصد العلاج أما التغيير فهو خال من أي هدف علاجي وإن القصد من ورائه ارضاء شهوة غير مبررة.

٣. تكون الرغبة في التصحيح على الرغم من صاحبها أي أنها رغبة عارمة وحب انتماء للجنس الآخر فهو - طالب التصحيح - يعد نفسه ضحية خطأ الطبيعة، أما طالب التغيير فلا تكون الرغبة لديه على الرغم منه وإنما يقدم على هذا الفعل بإرادته وتكون هذه غير مكرهة على ذلك.

(١) عبد الرحمن الجزيري - المرجع السابق - ص ١٣٦ .

(٢) انظر المادة ٣/ رابعا والمادة ٤ من التعليمات المشار إليها .

٤. بالنسبة للشعور الهذيانى الذى ينتاب مريض اضطراب الهوية الجنسية. هذا الشعور لا وجود له في حالة تغيير جنس الانسان.

٥. مريضى اضطراب الهوية الجنسية يعرضون على اطباء من عدة اختصاصات دقيقة في المجالات الطبية والمختبرية وتخضع قرارات اللجان التي مهمتها دراسة طلبات التصحيح الى لجان طبية نفسية واخرى استثنائية من اجل النظر بهذه القرارات ومن حيث موافقتها للقانون من عدمه. كل ذلك من اجل الوقوف على حقيقة المرض بغية اتخاذ القرار الخاص باجراء الجراحة، إذ إن المريض بهذا المرض ينتابه شعور بالنفور من اعضائه الجنسية. وان كل ذلك غير متوافر في حالة تغيير جنس الانسان او حالة المسخ موضوعة البحث والتي لا وجود للضرورة الطبية فيها ولا تتوافر فيها شروط ونواعي التداخل الجراحي وهي كعملية يفقد صاحبها صفاته الجنسية دون ان يكتسب خصائص الجنس الاخر. اما للتصحيح فهي اظهر لحقيقة الشخص الجنسية بعد أن كان يعاني من اضطراب بهويته الجنسية .

المطلب الثالث

الخنثى وبعض الشذوذات

لما قد نثيره مشكلة الخنوثة من اشكالية تتضمن ان المغير لجنسه او طالب التغيير هو قد يعاني من الخنوثة مما يقتضى الاقرار له بمشروعية فعل التغيير فلأجل ذلك اقتضى بحث موضوعها وكذلك انواعها المشكل وغير المشكل، وصولا الى التمييز بينهما وكذلك بحث موضوع بعض الشذوذات النفسية والعضوية مما يقتضى لولا بيان معنى الخنثى في الفرع الاول ونفرد الثاني الى بيان انواع الخنثى اما الثالث فيكون لأوجه الاختلاف بين حالة تغيير جنس الانسان و حالة للخنثى. فيما سأتناول في الفرع الرابع والأخير بعض الشذوذات العضوية والخنث النفسى.

الفرع الاول

معنى الخنثى

الخنثى لغة : هو من كان كثير النثى والتكسر ويقال : رجل (مخنث) وامراة (مخنث) وجمعه مخنث والمخنث هو المسترخى المثني، اما المخنث (خنث خنثا) للرجل : من كان فيه لين وتكسر وتن فكان على صورة الرجال وأحوال النساء فهو خنثى - خنثى^(١).

اما الخنثى اصطلاحا هو من كانت له آلة الرجال وآلة النساء معا او ليس له شيء منهما أصلاً. وفي هذه الحالة يلتبس امرؤ أنكر أم انثى ويسمى بالمشكل ذلك لعدم التوصل إلى معرفة جنسه، لان الاصل في الانسان أن يكون ذكراً أو انثى^(٢).

(١) فواد افرايم البستاني - المرجع السابق - ص ١٨٠ .

(٢) محمد المحجوب الطريطر - المرجع السابق - ص ٦٤ .

وبذلك فالخنثى هو آدمي تظهر عليه علامات تدل على الانوثة وعلامات أخرى تدل على الذكورة ومن كان كذلك عنده شذوذ في أعضائه التناسلية بمعنى أنه ليس كالطبيعي من حيث الخلق، أو قد يكون الشخص خالٍ من أمارات الذكورة أو أمارات الانوثة^(١).

أما الخنثى في المذهب الجعفري فهو إنسان له ألنا رجل وامرأة، أو ليس له شيء منهما فإن بال من الذكر فغلام وإن بال من الفرج فأنثى وإن بال منهما فالحكم للاسبق وإن استويا فمشكل^(٢). وهناك من ذهب إلى أنه - شخص اشبه في أمره ولم يدر أذكر هو أم أنثى، أما لأن له ذكراً وفرجاً معاً أو لأنه ليس له شيء منهما أصلاً والحال نفسه في بقية المذاهب^(٣). أما الخنثى في القانون، فقد تم التطرق إلى الخنثى في المادة ٤٦ من قانون الأحوال الشخصية المصري والتي نصت على (الخنثى هو الذي لا يعرف أذكر هو أم أنثى)^(٤).

أما عند أهل الطب فقد جاء في المؤلفات الطبية بأنه للشخص الذي تكون أعضاؤه الجنسية ظاهرة غامضة، فمنهم من يكون مجتمعة فيه النسيج الخصوية والمبيضية معاً، وآخرون يقولون أنه الشخص الذي يتعارض فيه المنسل والأعضاء التناسلية الخارجية فتجد لديه خصية ذكر بينما تكون الأعضاء التناسلية الأخرى أنثوية والعكس صحيح^(٥).

ويذهب أهل الطب أيضاً إلى أن الخنوثة مرض عضوي فتعني الخلل والاضطراب في العدد الصبغي، إذ إن كسل كائن يتكون من خلايا وكل منها يحتوي على ٤٦ من الصبغيات، والصبغيات الجنسية في خلية الذكر تحتوي على صبغي واحد (Y) وصبغي واحد (X)، أما الخلايا الأنثوية فتحتوي على صبغيين من النوع (X) ولا تحتوي على صبغي (Y)، فإذا فقد أحد الصبغيين (X) الموجودين في خلايا الأنثى فإن هذه الحالة تسمى بـ (تورنر Turner) نسبة إلى العالم مكتشف الحالة والسذي وصفها لأول مرة. مما يعني أن هذه الحالة تتمثل في فقدان هذا

(١) د. أبو اليقظان عطية الجبوري - المرجع السابق - ص ١٩١.

(٢) بدران أبو العنين بدران - الميراث المقارن بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري - (دار المعارف بمصر ١٩٧١ ص ٣٠٦).

(٣) السيد سابق - فقه السنة - ط ١١ الشرعية - ج ٣ - دار الفتح للإعلام العربي - القاهرة ١٩٩١ ص ٣٧١.

(٤) قانون الأحوال الشخصية المصري المرقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ / قسم المولايث - مشار إليه في مصطفى كامل متيب-

مجموعة القوانين المصرية - قوانين الأحوال الشخصية - دار الفكر العربي - مطبعة الفكرة الإسلامية - ١٩٥١

ص ٣٢.

(٥) د. الشهابي إبراهيم الشرقاوي - المرجع السابق - ص ١٠٥.

الصبغي، فتكون صيغة الصبغيات وفق صيغة (45X 0) بدلا من الصيغة الصبغية المعروفة للانثى وهي (46 x 0) ^(١).

وتمثل أيضا الشخص الذي تكون جيناته الجنسية غير طبيعية، فحصول هذه الجينات لا تتغير مع متغيرات المراحل العمرية لأنها ثابتة منذ بدء تكوينها وتكون الخنثى التي ظاهرها امرأة عقيمة على الرغم من طبيعة الشكل الخارجي والتكوين التشريحي لها وتتمتع بطول طبيعي يشابه طول المرأة، أما بالنسبة للخنثى الذي يكون ظاهره ذكوري فيكون عقيماً أيضاً وتكون خصيته شبه ضامرة بالرغم من شكله الذكوري من ناحية طول القامة التي عليها الذكور ويكون عادة غير ذكي، ويلحظ ان الكثير من الحالات تبقى غير مشخصة في مراحلهم العمرية، إذ قد يكون ذلك التشخيص مصادفة حتى وان اجري له فحوصات شُعاعية او روتينية، اما اذا فحص فحصاً هرمونياً جينياً فان النتائج تكون مرضية جداً.

وعلى العموم فإنه يطلق على هذه الحالات اصطلاحاً بين الاطباء بـ (45 X 0) او احادي الكروموسوم (X) وهذا اصطلاح طبي شمولي تعارفوا عليه ^(٢).

مما يعني ان الخنثى يعاني من ضمور في أعضائه التناسلية او ان هذه الاعضاء تكون غامضة ولا يعرف حاملها أنكر هو أم انثى، وقد تطرق اليه الاطباء كما اسلفت على أنه مرض عضوي مما يسوغ وهذه الحالة اجراء التداخل العلاجي او الجراحي وذلك لوجود ضرورة طبية تدعو له، أي هناك دواع طبية تدعو للتدخل الجراحي من اجل اظهار الجنس الغالب لدى الخنثى، وبفضل وجود اسس تحديد الجنس وفق المعيار البايولوجي والاجهزة المختبرية الحديثة فاصبح من السهل تحديد الجنس الغالب لدى الخنثى. والتي بمقتضاها تجرى المحاولة الطبية او العملية الجراحية لاظهاره واجراء عمليات تقويمية بهذا الشأن.

الفرع الثاني

انواع الخنثى

استقر الفقه الاسلامي على أن الخنثى نوعان : الخنثى الذي لا أشكال فيه والخنثى المشكل.

اولا : الخنثى الذي لا أشكال فيه (غير المشكل)

وهو الذي يترجح فيه جانب الذكورة على جانب الانوثة او جانب الانوثة على جانب الذكورة . الاول : كأن يبول من الموضع الذي يبول منه الرجال أو تنبت له لحية أو يصل النساء ونحوه ، اما الثاني : الذي يترجح فيه الجانب الانثوي على الجانب الذكوري كأن يبول من الموضع

^(١) د. موسى الخليل - العصر الجينومي - سلسلة كتب ثقافية يصدرها المجلس الوطني للثقافة - الكويت العدد ٢٩٤ -

بوليو - ٢٠٠٣ - من ١٢٣ .

الذي يبول منه النساء أو يظهر له ثدي أو يحيض أو يتحمل ونحوه وهاتان الحالتان تسميان بالخنثى غير المشكل .

ثانيا : الخنثى الذي فيه اشكال (المشكل)

وهو الذي لا يعرف أذكر هو أم أنثى وتظهر فيه علامات الذكورة والانوثة لكنها متعارضة كأن يبول مما يبول منه الرجال والاناث معاً أو تظهر له لحية وثديان في آن معاً^(١). مما يعني ان الفقهاء يقسمون الخنثى الى مشكل وغير مشكل فالذي يتبين فيه العلامات الذكورية او الانثوية ويعلم انه رجل او امرأة فهو ليس بمشكل ويصفونه بانه رجل خلفه زائدة او امرأة فيها خلفه زائدة، وحكمه حكم ما ظهرت علاماته فيه ويعد بمبالة. وقد اجمع الفقهاء ان الخنثى يورث من حيث يبول فان بال من حيث يبول الرجل فرجل وان بال من حيث يبول المرأة فمرأة. وأوردوا عن الخنثى المشكل مثالين الاول : شخص ليس له الا مخرج واحد فيما بين المخرجين يتغوط منه ويبول، وكان يلبس لباس النساء ويخالطهن ويغزل معهن ويعد نفسه امرأة. والثاني : ليس له مخرجا اصلا لا قبل ولا دبر وانما يتقيأ ما ياكله وما يشربه فهو شبه بمعنى الخنثى وهو لا يمكن عده في مباله فان لم يكن له علامة اخرى فهو خنثى مشكل^(٢). وذلك من الحالات النادرة جدا لذلك فان الفقهاء يشيرون اليها في معرض حديثهم عن الخنثى المشكل هذا ولاغراض تحديد ماله انثى هو أم ذكر فقد حدد الفقهاء علامات تبين الذكورة او الانوثة لديه قبل البلوغ وأخرى بعده، فقبل البلوغ يعرف بالمبال فان بال من العضو المخصوص بالذكر فهو ذكر وان بال من العضو المخصوص بالانثى فهو أنثى وان بال منهما كان الحكم للاسبق. اما العلامات ما بعد البلوغ، فان نبت له لحية او اتى النساء او احتلم فهو ذكر وان ظهر له ثدي كثدي المرأة او در له لبن او حاض او حبلى فهو أنثى وفي كلتا الحالتين يقال له خنثى غير مشكل^(٣).

هذا فيما يخص انواع الخنثى في الفقه الاسلامي - اما اقسامها عند اهل الطب فهم يقسمونها على ثلاثة اقسام وهم كما رأينا يعدونها حالة مرضية يعاني صاحبها من خلل واضطراب في عدد الصبغيات او العدد الصبغي وهي كما يأتي:

(١) بدران ابو العيين بنران - المرجع السابق - ص ٣٠١، ٣٠٦ .

(٢) ابي محمد عبد الله بن احمد المقدسي - المغني لابن قدامة - الجزء السادس - مكتبة الرياض الحديثة - من مطبوعات رئاسة ادارات البحوث العلمية والافتاء والدعوة والارشاد - السعودية ١٩٨١ ص ٢٥٣ ، ٢٥٨ .

(٣) السيد سابق - المرجع السابق - ص ٥٤٤؛ والمزيد راجع د. احمد علي الخطيب - موجز احكام الميراث - ط٢ - مطبعة المعارف في ١٩٦٨ ص ٢٤٤ وما بعدها .

القسم الأول : احادي الصبغي او Monosomy وهي الحالة التي يحدث فيها نقص في احد الصبغيات ويطلق عليها بـ (Turner) والصيغة نتيجة النقص تكون (45×0) ^(١).

القسم الثاني : صبغي ثلاثي او Trisomy وهي الحالة التي يزيد فيها العدد الصبغي ليرتفع الى سبعة واربعين صبغيا بدلا من (46) ويحدث نتيجة لاحتواء الخلية على ثلاثة صبغيات متماثلة عوضا من صيغتين كما هو الحال في الخلايا السليمة . ويكون لأن البويضة او النطفة التي استخدمت في التلقيح استخداماً مضاعفاً كانت تحتوي على احدى تلك الصبغيات. ويسمى هذا المرض بمرض داون او المرض المنغولي (Down's Syndrome Mongolism) .

القسم الثالث : التثليث الصبغي او Triploidy وهي المحتوية على ثلاث نسخ من كل صبغي في نواة خلية المريض. وسبب هذه الحالة اجتماع اربع نسخ من كل صبغي او اكثر وتلقيح البويضة باكثر من نطفة وفي حالة التثليث هذه تسهم البويضة بعدد (23) والنطفة بعدد (23) والنطفة الثانية بعدد (23) وهكذا فيصبح عدد الصبغيات في البويضة الملقحة تسعة وستون صبغيا ويسمى هذا النوع بالهجين او الفيفسائي (Mosaic) ^(٢).

الفرع الثالث

أوجه الاختلاف بين تغيير جنس الإنسان وحالة الخنثى

١. الخنوثة والتسي تعد مرضاً يعاني صاحبه من خلل واضطراب في عدد الصبغيات او العدد الصبغي . وهذا ما لا وجود له في حالة تغيير جنس الانسان التي لا تعدو ان تكون رغبة غير مسوغة او أنها لمجرد المتعة كما وصفها البعض أي انها لا تعد من قبيل الامراض التي تبيح الحالة معها اجراء التداخل الجراحي .

٢. كون حالة الخنوثة مرضاً فانه والحالة هذه يستوجب اجراء للتدخلات الجراحية لاطهار الجنس الغالب للشخص حامل هذا المرض . اما في حالة تغيير جنس الانسان فان التداخل الجراحي يكون ارضاء لشهوة او لمجرد الرغبة في التغيير أي انها تكون من دون دواع طبية خلافا لما عليه الحال في مرض الخنوثة .

٣. اسلفنا ان موضوع الخنوثة بحث عند فقهاءنا الاجلاء من ناحية الحقوق والاحكام الشرعية المتعلقة بها ولم يبحث على أنه مرض يستوجب العلاج الجراحي الا في ظل عصرنا الحديث بسبب التقدم العلمي في المجال الطبي والمختبري إذ تشخص الحالة وعلى اساسها يظهر الجنس الحقيقي لحامل هذا المرض او بتعبير ادق اظهار الجنس الغالب ، على أن ذلك مشروع

^(١) راجع الصفحة ١١ و ٣٥ من الرسالة.

^(٢) د. موسى الخلف - المرجع السابق - ص ١٣٤ - ١٣٥ .

من الناحيتين الشرعية والطبية إذ هناك ضرورة طبية تدعو للتدخل الجراحي فلا تكون محرمة. إذ التدلوي في مثل هذه الحالات يكون بقصد العلاج، وهذا ما لا وجود له في حالة تغيير جنس الإنسان، إذ إن هذه الحالة لا تكون من قبيل التدلوي وإنما تغيير لخلق الله الذي فطرنا عليه دون أن يكون لدى طالب التغيير مظاهر أنثوية أو ذكرية خلاف حالة الخنثى فهنا يكمن الاختلاف مع الفارق إذ إن معالم الجسد الجنسية بعد إجراء الجراحة للخنثى تكون واضحة ومتوافقة والجنس الغالب لديه ، أما في حالة تغيير جنس الإنسان فهو طمس للمظاهر الجنسية للشخص إن كانت ذكرية ويروم التغيير إلى أنثى أو كانت مظاهره الجنسية أنثوية أي أنه يكون أنثى ويروم التغيير إلى ذكر ليظهر بعد إجراء الجراحة إلى الجنس المخالف لجنسه دونما اكتساب للصفات الجنسية للجنس المعاكس الذي غير إليها، وإنما يبقى من نفس جنسه فأفاداً لأعضائه الجنسية الحقيقية، أما المظاهر الجديدة فهي لا تعدو أن تكون مظاهر كاذبة لا تمت إلى الحقيقة الجنسية بأية صلة.

٤. أما وجهة الاختلاف الأخرى فإنها تكمن في موضوع التناسل فعلى الغالب كما رأينا من وجهة النظر الطبية إن صاحب مرض الخنثة يكون عقيماً أو عقيمة غير قادرة على التناسل والانجاب ، أما في حالة تغيير جنس الإنسان فصاحب هذه الحالة قد يكون على الغالب قادراً على التناسل وأعضاؤه مكتملة النمو، وإن ما يتمخض عن هذه العملية هو عدم المقدرة على الانجاب أي أن التدخل الجراحي هذا يفقده القدرة على التناسل والانجاب خلافاً للموروث الإنساني في التناسل، لأن العملية في حالة تغيير جنس الإنسان هي بحسب ما يقوم به الأطباء استئصال للأعضاء التناسلية التي تفقده القدرة على التناسل.

٥. أخيراً فإن الاختلاف بين الحالتين يكمن في مظهر الأعضاء التناسلية الخارجية والداخلية فإن حالة تغيير جنس الإنسان تكون قد اكتملت أعضاؤه التناسلية سواء أكانت ظاهرياً أو باطنية خلافاً لما هو عليه الحال في الخنثى إذ إن الأخير يعاني من ضمور فيها أو غمور في بعضها كما بين.

الفرع الرابع

المخنث النفسي وبعض الشذوذات العضوية

المخنث النفسي علته نفسية وهو لا يعدو أن يكون من المشبهين من الرجال بالنساء والنساء بالرجال (المترجلة)، وقد ورد تحريم ذلك في الحديث النبوي الشريف إذ ورد عن ابن

عباس رضى الله عنهما انه قال (عن رسول الله صلى الله عليه وسلم المختفين من الرجال والمترجلات من النساء وقال اخرجوهم من بيوتكم قال فأخرج النبي صلى الله عليه وسلم فلانا وأخرج عمر فلانا) (١).

وورد عن الرسول صلى الله عليه وسلم الحديث الشريف قال (عن رسول الله صلى الله عليه وسلم محشي الرجال الذين يشبهون بالنساء والمترجلات من النساء المشبهات بالرجال) (٢). وعن عائشة رضى الله عنها أن الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم قال (عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الرجل من النساء) (٣).

٧٠٠١٢٢

إذ أنه ورد أن المختفين هو جمع مختف وهو اسم فاعل واسم مفعول به روى بهما. واللعن الوارد عن الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم لمرتكب هذه المعصية دلالة على كبرها وهو يحتمل الخبر والأنثى فالمختف من الرجال : هو من تشبه بالنساء في حركاته وكلامه وغير ذلك من الأمور المخصصة للنساء إذ إن المراد هنا من تخلق بذلك، لا بل من كان ذلك من خلقه وجبلته ، أما المترجلات من النساء فهن المشبهات بالرجال (٤). إذن يتضح مما تقدم أن علة المختف نفسه فيتصرف كما تتصرف النساء في المشي واللباس والتصرفات كافة التي تميز النساء من الرجال بما في ذلك الرقة والتصنع فيها، أما من حيث أعضاؤه التناسلية فهي مكتملة النمو، وأما الدوافع لذلك فهي دوافع نفسية وليست دوافع جسدية.

عليه فإن العلاج لهذه الحالات بالوسائل النفسية إذ لاتعارض في التكوين العضوي في أعضائه التناسلية وبيضاء الصفة يتشابه وحالة تغيير جنس الإنسان، لكن طالب التغيير تكون رغبته غير سائغة ولا يكون مدفوعاً لهذا الفعل بفواح او دوافع نفسية.

ومثله المترجلة من النساء أيضاً تكون دوافعها نفسية وتصرفاتها باللبس والحركة والكلام التي تشابه الرجال فيها وهو كما مر امر محرم بموجب دلالة اللعنة الواردة عن لسان النبي صلى الله عليه وسلم أي أن هذه التصرفات سواء أكانت من المتشبهين بالنساء او من المتشبهات بالرجال لا عذر لهن. أما بالنسبة لأنواع الشذوذات العضوية الأخرى فهي تشمل الخصي والعنين والمجربوب والرتقاء والقرناء فانخصي هو من نزع خصيتاه وبقي ذكره والمعنى واحد للخصاء والوجاء

(١) صحيح البخاري ج ٢ ص ٢٠٢ رقم ٤٦، ٥٥، سبل السلام ج ٤ ص ١٤ / نيل الأوطار - ج ٦ ص ٢٠٥ .

(٢) مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ج ٨ ص ١٠٣ .

(٣) سنن أبي داود ج ٤ ص ٦٠ رقم ٤٠٩٩ .

(٤) د. فحطان عبد الرحمن النوري - صفوة الأحكام من نيل الأوطار وسبل السلام - ط ٢ - مطبعة الإرشاد - بغداد

والمل إذ إن الوجداء يقصد به رض عروق الخصيتين والمل أي سلهما مع بقاء جلدیهما وكل ذلك يكون بفعل وهذا محرم ومنهي عنه، أما العنين فهو الذي لا يقدر على إتيان النساء بالرغم من وجود آلة التنازل لديه، أما المجبوب، هو من قطع ذكره كله أو بعض منه حتى لم يتبق سوى جزء يكون غير كاف لإتيان النساء أو جماعهن، أما الرتقاء هو التحام الفرج الذي يمنع وحالتها هذه دخول الذكر والقرناء يكون لديها ما يمنع دخول الذكر إما عن غدة أو لحمة أو عظم يمنع دخول الذكر فيه^(١).

وإن ما يعانونه هؤلاء أنه لعارض ما فقد العضو وجوده أو قدرته على أداء وظيفته وقد تكون هذه العوارض لا تدخل لأرادتهم فيها كما هو الحال بالنسبة للخصي الذي قد نزع خصيتاه بسبب حادث تعرض له أو مرض ألم به وانزعاجهما لهذه الأسباب . والعنين والمجبوب كذلك فهو لا قدرة للأول على إتيان النساء أما الثاني وهو المجبوب فقد يكون قطع الذكر لديه كله أو بعضه لسبب ما خارج عن إرادته كذلك وهنا تكمن الاختلافات بين أنواع الشذوذات العضوية وفعل تغيير جنس الإنسان إذ إن الأخير يكون ما أقدم عليه من فعله شريعة بكامل إرادته وتحقيقا لرغبانه .

الفصل الثاني

مدى مشروعية فعل تغيير الجنس

يعد موضوع تغيير جنس الإنسان من الموضوعات المثيرة للجدل والنقاش في مجال الفقه الجنائي من حيث إباحة هذا الفعل وأسباب تلك الإباحة، كون الفعل يمثل اعتداء صارخا ومساسا واضحا بحرمة الكيان الجسدي للإنسان وحقه في السلامة الجسدية . وبذلك تأخذ أهمية مناقشة موضوع فعل تغيير الجنس الإرادي من نواح مهمة وهي تلك المتعلقة بكيان الإنسان الجسدي وتكامله الذي يعد أحد عناصر الحق في سلامة الجسم، عليه سيكون محور النقاش في هذا الفصل من خلال وجهتين الأولى ستكون لعدم مشروعية الفعل والتي سأخصص لها المبحث الأول وتناول فيه الحق محل الاعتداء من جهة هل أن فعل التغيير يعطي الحق لصاحبه في أن يوقع مثل هذا الاعتداء على حقه في سلامة أعضاء جسمه؟ ولايضاح تلك الناحية سنتعرف على مفهوم الحق في سلامة الجسم وعناصره وموقف الشريعة الإسلامية الغراء من هذا الحق وكذلك موقف القوانين لمعرفة مدى حرمة هذا الكيان التي أقرها المشرع الجنائي بغية اضعاف الحماية الجنائية على جسم الإنسان وصونه من أي اعتداء مضافا لذلك موقف الشريعة الإسلامية الغراء من تغيير الخلقة متطرقا لحكم فعل التغيير في القرآن الكريم والسنة النبوية ومعيار عدم المشروعية لدى الفقهاء المسلمين بما فيه من آراء فقهية وفتاوى ثم سنتعرض في الجانب الآخر من هذا المبحث الى الموقف من هذا الفعل فقها وقانونا وقضاء وكذلك موقف لوائح حقوق الإنسان المعلنة من عدم مشروعية الفعل.

أما الوجهة الثانية فستكون لموضوع مشروعيته والقائلين بذلك وسأخصص له المبحث الثاني من هذا الفصل وستوزع موضوعاته على ثلاثة مطالب: الأول سيكون للقوانين التي أباحت عمليات تغيير الجنس صراحة، أما المطلب الثاني فسأتناول فيه القوانين التي أباحت فعل التغيير ضمنا وبإسناد إباحتها على أباحة الإخصاء والعقم في قوانينها وتلك التي أباحتها بتنظيمها إجراءات ما بعد التغيير كالتصديق الإداري على الفعل وكذلك أجراء تعديل الحقل الخاص بشهادة الميلاد الذي يشير الى جنس الشخص، أما المطلب الأخير سيكون للقوانين التي لم تنظم عمليات تغيير الجنس والتي التزمت حيال هذا الموضوع جانب الصمت وأسندت إباحة فعل التغيير للقواعد العامة في أباحة النشاط الطبي ومشروعية اعمال الجراحة والعلاج إذ إنها تركت الأمر للفقه والقضاء ليقرأ بمشروعية هذا الفعل كلاً بحسب منظوره .

المبحث الأول

عدم مشروعية فعل التغير

في حالة التغير ومع غياب النص التشريعي ، نستطيع القول بان هذا الفعل يعد مشروعاً أم لا ؟ إذ إن فعل التغير ينصب على أعضاء جسم الإنسان لذا فإنه يمثل مماساً بحق من الحقوق التي يتمتع بها الإنسان الا وهو الحق في سلامة الجسم ، ولمعرفة مدى عدم مشروعية هذا الفعل سالتناول في هذا المبحث الحق محل الاعتداء والذي يمثل بتلك الحقوق اللصيقة بشخص الإنسان وما يمثله هذا الاعتداء من تعدٍ على المصالح الاجتماعية في المجتمع الذي يكون الشخص المغير لجنسه جزءاً منه بمطلب اول، أما المطلب الثاني فيكون لحكم تغيير الخلقة في الشريعة والمطلب الثالث والاخير سيكون للمواقف الفقهية والقانونية والقضائية من عدم مشروعية فعل التغير وكذلك سيتم التطرق الى موقف لوائح حقوق الإنسان من الفعل .

المطلب الأول

الحق محل الاعتداء

ان المصلحة التي يحميها القانون الجنائي هي حق الإنسان في الحياة وفي أن يظل الجسم مؤدياً لوظائفه الأساسية والحيوية بغية ان لا تتعطل ابدياً وهذا الحق ليس حقاً خالصاً للفرد وانما هو في الوقت نفسه حق للمجتمع^(١).

فالحق محل الاعتداء من الناحية القانونية هو حق فردي ولاهميته يشمل المشرع الجنائي بحمايته ويجعل منه حقاً ذا قيمة اجتماعية وهذا هو الاتجاه الذي يحدد للحق في سلامة الجسم جانبيين ، جانب اجتماعي وجانب فردي وهو في جميع جوانبه يؤلف اهمية اجتماعية فالاعتداء الذي يمس سلامة الجسم ويؤدي الى الاخلال بإمكانية الفرد في أداء وظيفته الاجتماعية يمثل مماساً بسلامة الجسم وهدراً لحق المجتمع واذا لم ينقص من هذه الامكانية فإن هذا الاعتداء يمس حق تقلب عليه الصفة الفردية^(٢).

على هذه الصورة تقتضي التنويه لاجراض هذا البحث ولا مجال للخوض في غمار هذه الجوانب والاتجاهات التي قبلت بشأنه ، فمحل الاعتداء هنا هو الحق في سلامة الجسم فما المقصود بهذا الحق وما يتضمنه من عناصر هو ما سأتطرق اليه في الفرع الآتي:

(١) د. احمد شوقي ابو خطوة - القانون الجنائي والطب الحديث - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٥ ص ١٧ .

(٢) ضياء عيد الله عبود - الحق في سلامة الجسم ضماناً من ضمانات المتهم - دراسة مقارنة - رسالة ماجستير في

الفروع الأولى

مفهوم الحق في سلامة الجسم

لغرض معرفة مفهوم هذا الحق يتعين تعريفه في الفقرة أولا وبيان عناصره في الفقرة ثانيا.

أولا : تعريف الحق في سلامة الجسم

هو المصلحة التي يحميها القانون في أن تسير الحياة في الجسم على النحو الطبيعي وإن يحتفظ بتكامله الجسدي وإن يتحرر من جميع الآلام البدنية^(١).

فلا بد من الإشارة إلى أن الحماية الجنائية التي يقررها المشرع لأعضاء الجسم تلازمه في كل أحواله فلا تنقطع عنه أو عن جزء من أجزائه حتى وإن أصبح هذا الجزء أو العضو عاجزا عن القيام بدوره الطبيعي في أدائه لمهامه التي فطر عليها، فإن مناهضة هذه الحماية هي انتهاك إلى مادة الجسم فلا مجال للقول بأن علة الحماية هي أن يؤدي العضو وظيفته على إكمال وجهه وإن عجزه عن أداء هذا الدور يجعل حمايته مفتقرة إلى العلة ، ذلك أن الإنسان ليس في وسعه أن يقطع باستحالة العجز إذ إن التقدم العلمي يفرض الأخذ بأسباب الحذر ولا يمتنع لنا إطلاق الأحكام عليه فلا سبيل لإهدار الحماية الجنائية عن أي عضو من أعضاء الجسم فبني تنبسط على كل أعضائه الظاهرة منها والباطنة وهي تحظى جميعاً بقدر واحد من هذه الحماية^(٢).

إذن فكل أعضاء جسم الإنسان هي محل حماية المشرع بما لصاحبها من حظ في إمكانية أدائها وفق السير الطبيعي والصحة الكاملة من عدمه، كما في حالة المرض والاعتلال الصحي لأي عضو حتى وإن كان هذا الاعتلال مزمناً. وعلى أن تسير وظائف الأعضاء جميعاً كما هو مقدر لها مع احتفاظ صاحبها بتكاملها دون مساس بها ومتحرراً من جميع الآلام البدنية حتى وإن كانت الأخيرة موجودة لدى الشخص. فإن حصل الاعتداء وأدى إلى زيادة في هذه الآلام فالقانون يعد ذلك مساساً بهذا الحق .

ثانياً : عناصر الحق في سلامة الجسم

للحق في سلامة الجسم عناصر ثلاث هي السير الطبيعي لوظائف الحياة والتكامل الجسدي والتحرر من الآلام البدنية. وأهمية تحديد عناصر الحق في سلامة الجسم على هذا النحو يتيح لنا رسم نطاق هذا الحق والحماية الجنائية الشاملة التي تحيط بكل عناصر هذا الحق وهي كما يأتي.

أ. السير الطبيعي لوظائف الحياة

لجميع أعضاء الجسم وظائف عضوية تؤديها على نحو معين تحدده قوانين الطبيعة ، أي أن هذه الوظائف يؤديها الجسم وفقاً لهذه القوانين عليه تتمثل الحياة في أتم وجهها لها وهذا الوضع يبين نصيب الجسم من صحة ومرض. فإذا سارت وظائف الحياة سيراً طبيعياً دون أي خلل في أي جانب منها وفقاً لقوانين الطبيعة كانت دالة على سير وظائف الجسم بشكله الاعتيادي وعلى النحو الطبيعي، وإذا طرأ أي طارئ

(١) د. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٢ م - ٤٢٦.

(٢) د. عوض محمد - جرائم الأشخاص والأموال - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - ١٩٨٥ م - ١٣٧.

على سير هذه الوظائف بشكل نقصا او انقاصا من مقدار الصحة واصبح انحرافا عن السبيل الطبيعى المألوف لما هو مرسوم له وفقا لقوانين الطبيعة، عليه فان مفهوم السير الطبيعى لوظائف الحياة كعنصر من عناصر الحق في سلامة الجسم. هو المصلحة التي يعترف بها القانون لكل شخص في ان يحتفظ بالنصيب الذي يتوفر لديه من الصحة. فكل فعل ينقص من هذا المقدار يعتبر أساسا بالحق في سلامة الجسم سواء تم هذا المساس عن طريق احداث مرض لم يكن موجودا او زيادة في مرض كان موجودا وتمتوي كل الوسائل التي تنال من الصحة. فيعد المساس بسلامة الجسم متوافرا اذا ادى الفعل الى تعطيل وظيفة من وظائف الجسم او بعض مظاهر النشاط في أي جهاز من اجهزة الجسم كما في حالتي بتر عضو من اعضاء الجسم او اعدام حاسة من حواسه او ابطاء لوظيفتها الطبيعية^(١).

ب. الحق في التكامل الجسدي

يعني الاحتفاظ بكل أعضاء الجسم كاملة فكل فعل يؤدي الى الانتقاص من هذه الاعضاء سواء كان بالبتر او الاستئصال كلا او جزءا او احداث تغيير ينال تماسك الخلايا او الانسجة أو ما يؤدي الى اضعافها يعد مساسا بسلامة الجسم وتكامله الجسدي وهو ما يجرمه القانون سواء أترك أثرا لمدة وجيزة أم لم يترك ؟ أي أنه يتحقق بمجرد العبث بمادة الجسم سواء ادى الى الاخلال أو التعديل الذي يغير من العلاقة القائمة بين جزئيات الجسم^(٢).

لذلك فالكيان الجسدي للانسان له حرمة، ويعد الجسم من أهم العناصر لوجوده فلا يجوز ان يكون محلا لأي اتفاق الا من أجل صيانتته أو حفظه ويعد المساس به أيضا انتهاكا لحرمة للكيان الجسدي للانسان لذلك فالجسم هو عماد الشخص ذاته بحسب الاصل^(٣).

فيذا الحق يؤدي الى ان كل فعل يحدث انتقاصا في الجسم الانساني الذي هو عماد الشخص كما رأينا هو ما يجرمه القانون، لانه يشكل اعتداء على حق الانسان في تكامله الجسدي. فالتدخل بالعبث في الكيان الجسدي الذي لا منسوخ له من وجهة النظر الطبية والاجتماعية والقانونية كما في فعل التغيير فانه بلا شك يعد مساسا بحرمة هذا الكيان وبالحق في التكامل الجسدي. وفعل التغيير يمس عناصر الحق في سلامة جسم الانسان وتكامله الجسدي وبالتالي فانه اعتداء على هذا الحق.

(١) د. محمود نجيب حصى - المرجع السابق - ص ٤٢٩ .

(٢) د. احمد شوقي ابو خطوة - المرجع السابق - ص ٢٩ .

(٣) د. محمد عبد الغريب - المرجع السابق - ص ٥ .

ج. التحرر من الآلام البدنية

يتحقق هذا الحق في ان يتحرر الانسان من الآلام البدنية بما يلحقه من اذى في شعوره بالارتياح والسكينة. فإن أي فعل يؤدي الى احداث الآلام البدنية سواء كانت موجودة من قبل او ثم زيادتها او ادت الى التباطؤ في المستوى الصحي لأعضاء الجسم وفق السير الطبيعي لها يُعدّ مساسا بالحق في سلامة الجسم^(١).

عليه لا يجوز للانسان الاعتداء على الحق في سلامته الجسدية وتكامله الجسدي، الا اذا كان هناك ضرورة تدعو اليه من اجل صالح الجسد وصيانه في ان يبقى مؤديا لوظائفه الطبيعية وفق الفطرة الانسانية والموروثة عبر الاجيال. وبهذا فإن تغيير الجنس بلا شك يعد انتهاكا لحرمة الكيان الجسدي ويجعل مرتكبه تحت طائلة المسؤولية الجزائية.

الفرع الثاني

موقف الشريعة الإسلامية والقوانين من حرمة الكيان الجسدي للانسان

حرصت الشريعة الإسلامية على هذا الحق وقد كرم الخالق سبحانه وتعالى الانسان. فلا بد من تبيان الموقف من هذا الحق واين يكون من تقسيمات الحقوق التي تناولها فقهاء الشريعة الإسلامية ومن ثم سأتناول بعض القوانين التي نصت على هذا الحق في قوانينها التي تناولت سلامة البدن من الاعتداءات الواقعة عليه وسيكون ذلك في فقرتين، الاولى ستخصص لتبيان موقف الشريعة الإسلامية من حرمة الكيان الجسدي للانسان والفقرة الثانية ستكون للموقف في القوانين من هذا الحق والتي تعدّ مبدأ من مبادئ النظام العام وكما يأتي:-

اولا. موقف الشريعة الإسلامية:

يبين موقف الشريعة الإسلامية حرمة الكيان الجسدي للانسان من خلال حرصها على مبدأ التكامل الجسدي، فحماية الكيان البدني للانسان واضحة في مواجهة غيره ومن الشخص نفسه ايضا. وامثلتها عدم جواز الانتحار او الشروع فيه، ولتعلق هذا الموضوع ايضا بحقين هما حق الله وحق العبد على الروح والجسد. فقد أوجبت شريعتنا الغراء مداواة وعدم الاهمال المتعلق بالجروح لضمان سلامة البدن وحرمت كذلك الزنا والاجهاض والاعتداء بالضرب او الجرح وما بلغته الشريعة الإسلامية في ميدان حرمة جسد الانسان وروحه لم يبلغه حتى ما سبقها من قوانين^(٢).

(١) د. محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص ٢٠.

(٢) د. منذر الفضل ، التصرفات القانونية في الاعضاء البشرية - ط ١ - دار الشؤون الثقافية العامة - بغداد ١٩٩٠ م ص ٢٧ .

فالأذى الذي يقع على الإنسان من دون أن يؤدي بحياته يدخل ضمن أنواع الإيذاء والاعتداء في الشريعة الإسلامية، إذ يتمثل في الجرح والضرب والدفع والجذب والضغط وغير ذلك من أنواع الاعتداء. وتسمى الجناية هنا بالجناية على ما دون النفس سواء أكانت عمداً أو خطأ وفقهاء الشريعة الإسلامية يقسمونها على خمسة أقسام، الأول قطع الأطراف وما يجري مجراها ويشمل قطع اليد والرجل والأصابع والأنف والأذن والشفة وفوق العين وقلع الأسنان. أما القسم الثاني فهو الذهاب بمنفعة الأطراف مع بقاء أعيانها والمقصود هنا تفويت منفعة العضو مع بقاءه قائماً. ويشمل فقد البصر والسمع والشم والذوق والكلام. أما القسم الثالث وهو الشجاج ويقصد به جراح الراس والوجه أما الجراح في الجسم فتسمى جراحاً. والقسم الرابع الجراح وهي ما كانت في سائر البدن ويقسمها فقهاء الشريعة الإسلامية على جائفة وغير جائفة. الجائفة هي تلك التي تصل إلى التجويف الصدري والبطني، أما غير الجائفة فهي التي لم تصل للجوف. أما القسم الأخير فهو ما لا يدخل تحت الأقسام السابقة ويتضمن كل اعتداء أو إيذاء لا يؤدي إلى إبانة طرف أو الذهاب بمنفعته ولا يؤدي كذلك الأمر إلى شج في الراس وكذلك الاعتداء الذي لا يترك أثراً أو يترك أثراً بسيطاً ولا يلحق من قبيل الجروح أو الشجاج^(١).

هذا وقد خصت الشريعة الإسلامية الإنسان بكرامة خاصة حيث كرمه الله سبحانه على سائر خلقه، وإزاء هذه المنزلة فقد وفرت الشريعة حرمة خاصة للإنسان ووضعت الحماية اللازمة له وشرعت من أجل ذلك ما يصون كرامته وما يحرم الاعتداء عليه وتاثيم القائم بالاعتداء سواء أكان الفعل موجهاً من الغير أم من ذات النفس^(٢).

وتبين الآيات الكريمة مدى تكريم الخالق سبحانه وتعالى للإنسان، حيث جاء في القرآن الكريم (وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ)^(٣). وكذلك (لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ)^(٤).

فطالما ينصرف الحديث على الحق في السلامة الجسدية وحرمة كيان الإنسان فلا بد من التعرض إلى تقسيمات الحقوق في الفقه الإسلامي. لكي نتعرف أين الحق في السلامة الجسدية من تقسيمات هذه الحقوق. واثراً الرضا بالمسائل الذي ينال من الجسد بناء على قبول صاحبه، فهناك اتجاهان في هذا المجال. الاتجاه الأول: يقسم الحقوق على أربعة أقسام وهي:

^(١) د. عبد الخالق النواوي، جرائم الجرح والضرب في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي. المكتبة العصرية ببيروت / بدون سنة طبع / ص ٤٠-٤٦.

^(٢) د. حسن عودة زعل - التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي - دراسة مقارنة - الطبعة الأولى الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - ٢٠٠١ - ص ٢٢.

^(٣) سورة الإسراء - الآية ٧٠.

^(٤) سورة التين - الآية ٤.

١. الحقوق الخالصة لله تعالى : وهي عبادات وحدود والاخيرة تتعلق بحماية الفضيلة بالمجتمع والنفع العام.

٢. الحقوق الخالصة للعبد : ومنها الضمان، ضمان الدية وبذل التلف وحق الملكية والتصرفات الواقعة عليها .

٣. اجتماع الحقين وحق الله غالبا : كحد القذف وبعد من الحقوق الغالبة لله على حق الفرد ، عليه فلا اثر للرضا او العفو.

٤. اجتماع الحقين وحق الفرد يكون غالبا : كما في القصاص واختلف الفقهاء بشأنه فمنهم من ذهب الى ان الله سبحانه وتعالى له في نفس العبد حق الاستعباد وللعبد حق الاستمتاع، وفي شرعية القصاص بقاء، ولكن حق العبد اغلب، والبعض الآخر يقولون بأنه ليس للمكلف التسلط على نفسه ولا على عضو من اعضائه بالاتلاف فحق الله في سلامة الجسد انما تقرر حتى يستطيع العبد القيام بالتكاليف الشرعية والواجبات المفروضة عليه.

أما الاتجاه الثاني: يقسم الحقوق على ثلاثة اقسام ويسقطون حقوق العباد الخالصة بحجة ان ما من حق يثبت للعبد إلا وفيه حق لله والرأي الراجح هو الاتجاه الاول إذ إن الحقوق الخالصة للعباد هي الحقوق التي يكون فيها العبد هو المكلف بالوفاء او الضمان^(١).

هذا فيما يخص تقسيمات الحقوق في الفقه الاسلامي حسب الاتجاهات المذكورة آنفاً فلا يجوز التعرض بالسوء لهذا الكيان وذلك للمنزلة الكبيرة التي خصها الله تعالى لعباده ما لم يهدر الشارع عصمته لامر موجب. وهذا التكريم للانسان يبعد عنه المهانة مما يوجب الابتعاد عن كل ما يلحق المهانة به، اذ ان أي تصرف فيه يكون غير مأذون به ممن له الحق فيه، لان في الجسد حق هو المحافظة عليه سليما^(٢).

وهنا نتساءل أين يكمن الحق في السلامة الجسدية من تقسيمات هذه الحقوق ؟ هناك رأيان بهذا الخصوص الرأي الاول : يرى ان المقاصد الشرعية للشرعية الاسلامية تتمثل بالضروريات وهي تمثل الغالبية من الحقوق الخالصة لله تعالى وايضا تمثل طائفة اخرى من حقوق مشتركة، إذ إن كل ما يتضمن حفظ هذه الاصول فهو مصلحة وكل ما يفتقر هذه الاصول فهو مفسدة ونفع للمصلحة. ويبين أصحاب هذا الرأي أن حفظ النفس وما تونها متمثلا بالحق في السلامة الجسدية المصالح الضرورية المقصودة شرعا ومن أساسيات التشريع الاسلامي. وأن المساس به

(١) د. احمد محمود سعد - تمييز الجنس بين العظر والاباحة - المرجع السابق - ص ٢٩٣ .

(٢) عارف علي عارف - مدى مشروعية التصرف بالاعضاء البشرية دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه - كلية العلوم

يؤدي الى تفويض نظام المجتمع عليه يتعين تأييد الافعال الماسة بهذا الحق حتى وان كانت برضا صاحب الحق . والحجج التي استند اليها اصحاب هذا الراي هي ان حق الله وحق العبد في نفس وجسم العبد يوكلائن للمنسوب اليه ثبوتا واسقاطا. فلا يجوز لاحد ان يتصرف في حق غيره بلا اذنه، فقطع عضو من اعضائه لا يحتل الاباحة بغير حق واسقاط العبد لحق فيما اجتمع فيه الحقان يكون مشروطا بعدم اسقاط حق الله ، وحقوق الله مبنية على التسهيل بينما العبد على التشديد في حالة الضرورة. وواضح وفقا لهذا الراي انه لا تأثير لرضا صاحب الحق في السلامة الجسدية في اباحة الافعال الماسة به لكون هذا الحق فيه جانب من حق الله .

الرأي الثاني : يذهب الى انه طائفة من الحقوق التي يجتمع فيها الحقان وان ظهر هناك غلبة لحق العبد فاسقاطه لا ينفذ لان الحق صادر لله ، والله تعالى لا يرخص للعبد اسقاطه ^(١).

نخلص الى ان الحق في السلامة الجسدية هو حق مشترك وهو من الحقوق ذات النفع العام. إذ ان الله تعالى خص كل العباد بمنحهم هذا الكيان دون تفرقة فارضا على الكافة عدم المساس به والاعتداء عليه حتى وان كان برضا صاحبه. فلا يتم ذلك الا من اجل ضرورة الحفاضة عليه وصيانته كما تقدم ذكره. فهو يتناول كل منفعة لحفظ النفس فهو بذلك مصلحة القصد من ورائها المحافظة على كيان المجتمع وسلامة افراده بغية تحقيق الازدهار ودرءا للمفسدة في الوقت نفسه. اذن لا يرخص لعبد المساس بجسده فكيف يتم ذلك واعطاء الاذن يكون من اصحابه، هذا ويلحظ ان شريعتنا الغراء اكدت على حفظ النفس والجسد بعيدا عن المهانة وكل ذلك من اجل الحفاظ على التراث الانساني وبعيدا عن ما يروج اليه الغرب من افكار لا تمت لشريعتنا باية صلة .

ثانيا : موقف الدساتير والقوانين من حرمة الكيان الجسدي

حرمة جسم الانسان وكيانه تعد مبدءا من مبادئ النظام العام فسلامة الانسان الجسدية التي يتمتع بها صاحبها على جسمه هي في الوقت نفسه تعد محلا لهذا الحق، إذ ان الحياة تعد اعلى واشن ما يملكه الانسان وقدراتها يعد من اكبر الاضرار التي يمكن ان تصيب الانسان على الاطلاق فالانسان حيا كان او ميتا لا يمكن ان يكون محلا ممكنا ومشروعا للمعاملات فهو ليس مالا لا في الشرع ولا في الطبع ولا في العقل ^(٢).

ومبدأ التكامل الجسدي يدخل ضمن الحقوق غير السياسية التي يطلق عليها بالحقوق المدنية وهي على نوعين اما ان تكون حقوقا عامة او حقوقا خاصة وان ما يهمنا في هذا المجال هي

(١) د. احمد محمود سعد - تغيير الضرر بين الحظر والاباحة - المرجع السابق ص ٣٩٤.

(٢) د. احمد محمود سعد - زرع الاعضاء بين الحظر والاباحة - موسوعة القضاء والفقه للدول العربية - الجزء ٣٠٠

القسم الثاني - ادار العربية للموسوعات - ١٩٨٧ ص ٥٣ و ٥٤ .

الحقوق العامة التي تعني تلك الحقوق التي تثبت للإنسان لصفته الإنسانية تولد معه وتظل لصيقة به وتستمد أصولها من ضرورة حماية الشخصية الإنسانية في جميع مظاهرها ^(١). يطلق عليها أيضا الحقوق الأساسية للإنسان كحقه في المحافظة على سلامة صحته وجسمه وحمايته من أي اعتداء يصدر من غيره عليه ^(٢).

وقد ورد لهذا المبدأ ذكرا في الدساتير وكذلك الأمر في القوانين العربية فقد نظمت القوانين الجنائية عقوبة المساس بالسلامة الجسدية للإنسان ساذكر قسما منها وحسب الآتي :

أ. الدساتير

حرم دستور جمهورية العراق المؤقت لعام ١٩٧٠ - ممارسة أي نوع من أنواع التعذيب الجسدي أو النفسي ونص على كرامة الإنسان وجعلها مصونة بحكم الدستور فصايتها بنص دستوري وتحريم ممارسات التعذيب سواء أكان جسديا أو نفسيا هي حق من حقوق الإنسان ولها علاقة بمبدأ التكامل الجسدي للإنسان وهو ما يفهم من النص ^(٣).

وكذلك دستور الجمهورية الجزائرية لعام ١٩٧٦ عاقب على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وأيضا نص على مبدأ التكامل الجسدي متناولا حرمة وأكد على صيانتها معاقبا على كل مساس بالسلامة البدنية أو المعنوية مع ضمانات الدولة لمساعدة المواطن من أجل الدفاع عن حريته وحصانة ذاته ^(٤).

(١) د. منير الفضل - المرجع السابق - ص ٢٩.

(٢) هذا وإن الحقوق النصيقة بالشخصية تعني طائفة القيم التي تثبت للشخص بمجرد وجوده كإنسان وتظل تتبعه إلى يوم وفاته وحفظها حماية الشخص في ذاته وحماية القيم النصيقة به فهي تتصل بالإنسان أشد الاتصال وتقرر المحافظة على مقومات الإنسان الشخصية في مظاهرها المادية والمعنوية للفردية أو الجماعية. وإن ما يهمنا هو المقصود بالحقوق المتصلة بحماية المقومات المادية للشخص والتي تضم الحق في الحياة والحق في السلامة الجسدية وهذا النوع من الحقوق يدخل انشخص حماية جسمه بأعضائه المختلفة وتخلو الدفاع عن كيانه المادي ودفع أي اعتداء عليه. وقد تكون الحماية لاحقة على وقوع الفعل على الجسم كما في حالة إذا وقع عليه اعتداء بالجرح أو الضرب فنجد القوانين الجنائية متدخلة في هذا المجال وتفرض العقاب على مقرر مثل هذه الجرائم لكن حماية للشخص لكيانه المادي ومنع الناس به من الغير هل يسوغ له الحق في التصرف بجسمه بصفة مطلقة أو نسبية ؟ الجواب بالنفي لأن تصرف الإنسان بجسمه أو جزء منه مقيد بالصالح العام لأن الجماعة تقرر حماية الشخص لأنها ترى ضرورة لذلك لاتفاقه مع المصلحة العامة . عليه فأي تصرف في الجسم أو جزء منه يرتب انتقاما دائما في كيانه المادي أو يمثل خطرا على حياته أو سلامة جسده فإنه يكون باطلا كالأعدم اتفاقه مع الصالح العام ويلحظ أن الحماية هذه تمتد إلى ما بعد الوفاة احتراماً للكرامة الإنسانية - ينظر في ذلك د. فتحي عبد الرحيم عبد الله - دروس في مقدمة العلوم القانونية - مكتبة الجلاء الحديثة - المنصورة ١٩٧٨ ص ٣٢ وما بعدها .

(٣) انظر نص المادة ٢٢/أ من الدستور المؤقت لجمهورية العراق الصادر في ١٦/٧/١٩٧٠ بالقرار المرقم ٧٩٢ .

(٤) انظر نص المادة ٧١ من الدستور الجزائري أعلاه .

كما نص الدستور الاردني على ان يكون جميع المواطنين سواسية امام الدستور دون تمييز بينهم في الحقوق والواجبات وجعل جميع الحريات الشخصية مصونة ومنع كذلك ممارسات التوقيف والحبس الا بموجب احكام القانون^(١).

ومن النساتير التي نصت صراحة على السلامة البدنية والفسية هو دستور الاتحاد السويسري الذي جعل لكل انسان الحق في الحرية الشخصية وخاصة سلامته الجسدية - ومنع كل ممارسات التعذيب وكذلك صور المعاملة او العقوبة القاسية او اللاانسانية ، ونص في الفصل الاول منه على احترام كرامة الانسان وجعل الجميع سواسية أمام القانون دون تمييز بين المواطنين^(٢).

ب. القوانين العقابية

من القوانين التي تؤكد حرمة الكيان الجسدي قانون العقوبات العراقي ذي الرقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ اذ خص الباب الاول للجرائم الماسة بحماية الانسان وسلامة بدنه في الكتاب الثالث منه والخاص بالجرائم الواقعة على الاشخاص فجاء الفصل الثالث منه ليعالج جرائم الجرح والضرب والايذاء العمد معاقبا كل من يعتدي عمدا على اخر بالجرح او بالضرب او بالعنف او باعطاء مادة ضارة او بارتكاب أي فعل اخر مخالف للقانون. اذا كلن القصد من وراء هذه الاعتداءات المساس بسلامة جسد الانسان او احدثات عامة مستديمة وأن الاخيرة تتوافر اذا نشأ عن فعل الاعتداء هذا قطع او انفصال عضو من اعضاء الجسم او بتر جزء منه او فقدان منفعة او انتقاص له أو كان هناك تشويه جسيم لا يرجى زواله او خطر حال على الحياة ويعاقب هذا القانون ايضا حتى على الاعتداء الذي لم يترك اثرا او كان الايذاء الحاصل خفيفاً^(٣). وقد اوضحت تعليمات السلوك المهني للأطباء الى بعض مظاهر حرمة الكيان الجسدي للانسان عندما أقرت حظر اجراء التجربة الطبية التي تجري على المريض ولم تكن للأغراض العلمية البحتة واعتبرت هذا الفعل فعلا جنائياً^(٤).

كما جاء في الباب الاول من قانون العقوبات العسكري العراقي القسم الثاني منه المخصص للجرائم والعقوبات اذ اورد في الفصل الرابع جرائم اضرار او إلحاق الاذى بالانفس وفرض العقوبة على كل من تمارض او سبب في نفسه مرضا او عاهة واذا تعمد بنفسه او سمح لغيره بتعطيل عضو من اعضاء جسمه ، وهذه العقوبات تتعلق بالعسكريين الذين يلقي على عاتقهم واجب الدفاع المقدس عن الوطن بادائهم الخدمة العسكرية ويحاولون الاحتيال للتخلص من ادائها^(٥).

(١) انظر المواد ١/٦ و ٧ و ٨ من الدستور الاردني المنشور في الجريدة الرسمية رقم ٩٣ بتاريخ ١٩٥٢.

(٢) انظر المواد ٧ و ١٠ من دستور الاتحاد السويسري في ١٨/١٢/١٩٩٨ وانفذ في اول يناير عام ٢٠٠٠.

(٣) انظر المواد ٤١٢-٤١٥ من قانون العقوبات العراقي .

(٤) انظر تعليمات السلوك المهني للأطباء لسنة ١٩٨٥ .

(٥) انظر المواد ٧٠-٧٣ من قانون العقوبات العسكري العراقي ذي الرقم ١٣ لسنة ١٩٤٠ وتعديلاته .

يتضح من ذلك ان هذه القوانين تؤكد حرمة الكيان الجسدي للانسان وصونها بالحماية الجنائية من أي اعتداء يؤدي الى المساس بها.

وكذلك الامر بالنسبة للمشرع الاردني اورد نصوصا عاقب بموجبها على كل مساس بالسلامة البدنية للأشخاص في القسم الخاص بالإيذاء^(١). اذ عاقب على كل اشكال الاعتداء الذي يمس حرمة الكيان الجسدي للانسان فيما اذا أدى الفعل الى قطع او استئصال عضو او بتره ويلاحظ ان المشرع الاردني اورد كحماية جنائية تلحق في السلامة الجسدية لفظ الإيذاء بأي فعل مؤثر من وسائل العنف والاعتداء، وبذلك شمل الاعتداءات التي تصيب الانسان في قواه العقلية او قوته الجسدية وحرمة كيانه.

وعاقب قانون العقوبات اللبناني على من اقدم قاصدا ضرب شخص او جرحه او ايذائه ونجم عن هذه الأفعال مرض او تعطيل للشخص عن عمله او احدث عاهة مستديمة او احدث تشويها جسيما او عاهة لها مظهر العاهة المستديمة^(٢).

كذلك يعاقب قانون العقوبات الجزائري على افعال الجرح والضرب او ارتكاب اعمال العنف والتعدي سواء نتج عنها مرضا او عدم قدرة على الحركة او عجز عن العمل او ا فقد المعتدى عليه احد اعضاءه او أدى هذا الاعتداء الى حرمانه من استعمال العضو محل الاعتداء^(٣).

المطلب الثاني

موقف الشريعة الإسلامية من تغيير الجنس

ان الله سبحانه وتعالى خلق الانسان وقد اودع فيه غرائز وميول جنسية نحو الجنس المعاكس فكانت هذه الغرائز ضرورية لبقاء النوع الانساني وحفظ النسل البشري والتراث الانساني في التناسل وقد جاءت الشريعة الإسلامية باحكام شاملة بما يكفل الاستمرار والبقاء والصلاحية لكل زمان ومكان وملبية لحاجات هذه الغرائز والميول الجنسية ومنها الزواج واحكامه التي تجعل من الانسان ان يسير مع فطرته الجنسية وعيله الغريزي باتساق متناهي الفتنة دون التاثر بمفاتيح الحياة وهياج الغريزة فنظرة الدين الاسلامي الى الجنس هي ان يسير الانسان وفق منهج سليم رسمه كي لا يسلك سبيلا منحرفا مضطهما مع غريزته.

(١) انظر المواد ٣٣٣-٣٣٨ من قانون العقوبات الاردني .

(٢) انظر المواد ٥٥٤ - ٥٥٧ من قانون العقوبات اللبناني .

(٣) انظر المادة ٢٦٩ من قانون العقوبات الجزائري .

حيث جاء في القرآن الكريم (وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً^(١)). وايضا قوله تعالى (وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا ، وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَيْنًا وَخَفَةً^(٢)).

فتدل الايات على ان من فوائد الزواج جعل العلاقة الزوجية علاقة مودة ورحمة وجاءت ايضا لحفظ الانساب وانجاب الذرية القويمة وعلما الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم كذلك كل ما من شأنه ان تكون الصورة واضحة وضوحا جليا لموضوع الجنس بمختلف أركانه واحكامه والتي تبعدنا عن الزلل والرديلة التي تفتت بالمجتمعات الغربية والتي تفتقر حتى الى ايسر أبجديات الاخلاق الحميدة، كما في فعل التغيير موضوع البحث هذا ولبيان موقف الشريعة الاسلامية من فعل التغيير الارادي لجنس الانسان الظاهري لابد من التطرق الى حكم تغيير الخلقة في القرآن الكريم وكذلك السنة النبوية الشريفة وما قاله الفقهاء والمسلمون من آراء وفتاوى تستشف من خلالها معيار عدم مشروعية هذا الفعل لديهم. وسأتناول ذلك بافرع اربعة الاول: سيكون لحكم تغيير الخلقة في القرآن الكريم والثاني: سيخصص للسنة النبوية الشريفة اما الثالث: فيكون لحكم فعل التغيير عند الفقهاء المسلمين ونفرد الفرع الرابع والاخير: لمعيار عدم مشروعية فعل التغيير في الفقه الاسلامي .

الفرع الاول

حكم تغيير الخلقة في القرآن الكريم

القرآن الكريم هو المصدر الاول للتشريع في شريعتنا الغراء بل هو المصدر الرئيس للتشريع الاسلامي ولا يجوز لاي مصدر بشري ان يتصادم احكامه والمصدر الالهي الذي لا ياتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه ولهذا فقد حفظه الله تعالى وحفظ آياته وتحدى الناس به وجعل له ملحزة خالدة^(٣).

وبهذا الخصوص قال تعالى في محكم كتابه (وَإِنْ كُنْتُمْ فِي رَيْبٍ مِمَّا نَزَّلْنَا عَلَى عَبْدِنَا فَأْتُوا بِسُورَةٍ مِثْلِهِ وَادْعُوا شُهَدَاءَكُمْ مِنْ دُونِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ صَادِقِينَ . فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا وَلَنْ تَفْعَلُوا فَأْزَنُوا النَّارَ الَّتِي وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ أُعِدَّتْ لِلْكَافِرِينَ^(٤)).

(١) سورة الروم : الآية ٢١ .

(٢) سورة النحل : الآية ٧١ .

(٣) محمد فاروق النبهان - المدخل للتشريع الاسلامي - ط١ - دار القلم بيروت - لبنان - ١٩٧٧ ص ٨٦ .

(٤) سورة البقرة / الايات ٢٣-٢٤ .

ويجب ان نعلم ابتداء الحقيقة التي اكدها العلماء والاطباء وحتى الفقهاء هي ان الجنس البشري الحقيقي للشخص لا يتغير فلا يستطيع احد مهما اوتي من علم ومهارة ان يغيره. فالانسان اما ذكر او انثى فلا وجود لكانن ثالث فهو بالنتيجة يمثل احد الجنسين وقد بين القرآن الكريم احكام كل من الذكر والانثى. وان ما نشير اليه في هذا البحث هو التغيير في الخلقة الظاهري، وليس التغيير في التركيب البيولوجي، إذ ان ذلك من دلائل قدرة الله سبحانه وتعالى ولا استطاعة لبني البشر عليه فهي لا تعدو (ان تكون سوى عملية مسح محرمة يتم فيها استئصال أو طمس المظاهر الحقيقية الخاصة بجنس الشخص وإختلاق مظاهر كاذبة للنوع الآخر دون ان يكتسب خصائصه الأساسية وهناك وسائل متعددة لاجاد فرج ومهيل صناعي للذكور الذين يقوم الاطباء بحب ذكرانهم) وهذا ما حصل لطالب طب الازهر كما بين^(١).

اما حكم فعل تغيير الجنس فقد جاء ذكره في القرآن الكريم صراحة بانه تغيير خلق الله وهو استجابة الناس لما يأمرهم به الشيطان على سبيل الغواية والاضلال للوقوع بالمعاصي، وذلك في قوله تعالى (وَإِنْ يَدْعُونَ إِلَّا شَيْطَانًا مَّرِيدًا لَّعَنَهُ اللَّهُ وَقَالَ لَأَتَّخِذَنَّ مِنْ عِبَادِكَ نَصِيبًا مَفْرُوضًا . وَلَا ضَلَالَةٌ لَهُمْ وَلَئِنَّمْ يَدْعُوكُمْ إِلَى الْإِنْعَامِ وَتَلَذُّوا الْأَنْعَامَ قَلِيلًا لَّيْسَ بِكُنْزٍ أَجَلٍ . وَمَنْ يَتَّخِذِ الشَّيْطَانَ وَلِيًّا مِنْ دُونِ اللَّهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرَانًا مُبِينًا . يَعِدُّهُمْ وَيُمْنُهُمْ وَمَا يَعِدُهُمُ الشَّيْطَانُ إِلَّا غُرُورًا)^(٢). وكذلك قوله تعالى (الَّذِي خَلَقَ قَسْوَى . وَالَّذِي قَدَّرَ فَهْدَى)^(٣). فقله تعالى، وان يدعون الا شيطاناً مريداً أي انه هو الذي امرهم بذلك وحسنه وزينه لهم فهم انما يعبدون ابليس في نفس ذلك الامر، حيث ان الله سبحانه وتعالى قال (أَلَمْ أَعْهَدْ إِلَيْكُمْ يَا بَنِي آدَمَ أَنْ لَا تَعْبُدُوا الشَّيْطَانَ إِنَّهُ لَكُمْ عَدُوٌّ مُبِينٌ)^(٤).

والقول لعنه الله أي طرده من رحمته وابعده واخرجه من جواره^(٥). فالشيطان - عدوهم القديم - يستوحونه ويستمدون منه هذا الضلال، ذلك الشيطان الذي صرح بنيته في اضلال بني آدم، وقول (ولامنينهم) أي تمنيتهم بالامنيات الكاذبة في طريق الغواية من لذة كاذبة وسعادة موهومة ونجاة في نيابة المضاف من الجزاء وان يدفعهم الى افعال قبيحة وشعائر سخيفة من نسج الاساطير، كحال تمزيق اذان الانعام ليصبح ركوبها بعد ذلك حراماً او اكلها حراماً - دون ان

(١) للشهابي ابراهيم الشرقاوي - المرجع السابق - ص ١٧٠ .

(٢) سورة النساء/ الآيات ١١٧-١٢٠ .

(٣) سورة الاعلى - الآيات ٢-٣ .

(٤) سورة يس - الآية ٦٠ .

(٥) عماد الدين ابي الفداء بن كثير - تفسير القرآن العظيم لابن كثير - ط ١ - المجلد الاول - دار الفحاء دمشق - دار السلام

أبحرهما الله - وتغيير خلق الله في الآية (ولأمرنهم فليغيرن خلق الله) وفطرته بقطع بعض أجزاء الجسد أو تغيير شكلها في الحيوان أو الإنسان ومثالها خصاء الرقيق ووشم الجلود والتشويه الذي حرمه الله^(١).

وبصد نفس الآية (ولأمرنهم فليغيرن خلق الله) فقد اختلف الفقهاء والمفسرون بخصوص معنى التغيير الوارد فيها فمنهم من ذهب إلى أن المراد به هو تبديل دين الله وفطرته وخص بذلك تحريم الحلال وتحليل الحرام، وهناك من ذهب إلى أن المراد به الخصاء وقيل كذلك أنه الوشم وهو من أماني الشيطان وما يعدمهم الشيطان إلا غرورا أي لا يكون لما يعدمهم ويمنيهم أصل حقيقة، والغرور إيهام النفع فيما فيه ضرر^(٢).

وذهب رأي آخر إلى أنه إضافة لذلك فهو تغيير في دين الله بالكفر والمعاصي لكنه في النهاية أحلال ما حرم الله وتحريم ما أحل الله، وأن ذلك هو إخبارا عن الشيطان فيما يعد أولياءه وأيمينهم بأمنية أنهم الفائزون في الدنيا والآخرة وهو كذب وإفتراء من الشيطان لأن ما يعدمهم يعد باطلا وما هو إلا اضلال وغرورا والغرور حسب هذا الرأي ما له ظاهر محبوب وباطن مكروه أي أنه مزين الظاهر وفاسد الباطن، لقول الشيطان لأتخذن من عبادك الذين ابعدتني من أجلهم نصيبا أي حظاً مقدراً معلوماً، وأدعوهم إلى طاعتي من الكفر والمعاصي^(٣).

إن ما ورد حسب رأيي في الآية الكريمة موضوعاً للبحث، هو حجة منصوص عليها في القرآن كما وردت وإيضاً كما يقول الإمام الشافعي "كل ما أقام الله به الحجة في كتابه أو على لسان نبيه منصوصاً بينا : لم يحل الاختلاف فيه لمن علمه"^(٤).

وإن ظاهر نص الآية يشير إلى التغيير في خلق الله فأن ما يتمخض عن مثل هذه العمليات الجراحية هو كائن مسخ لا هو ذكر ولا هو أنثى إن كان أصل التغيير من ذكر إلى أنثى والعكس إن كانت العملية أجريت من أنثى إلى ذكر، هذا وإن التغيير سواء كان المراد به الخلق أو يراد به الوشم أم الخصاء أو دين الله وفطرته التي فطر الله الناس عليها فإنه تغيير لخلق الله وخروجا عن طاعته وأنه من عمل الشيطان وأغوائه لبني البشر الذي ورد التحريم بشأنه هذا من جهة ومن جهة

(١) سيد قطب - في ظلال القرآن - المجلد الثاني - الأجزاء ٤-٧ ط ١٧ - دار الشروق بيروت - لبنان - ١٩٩٢ - ص ٧٦٠ و ٧٦١ وللمزيد من الإفادة - راجع إلى عبد الله محمد أبي بكر ابن قيم الجوزية - إغاثة اللهفان من مصائد الشيطان - تحقيق محمد حامد الفقي - دار الفكر للنشر والتوزيع - الأردن - عمان - بدون سنة طبع - ص ٩٠ وما بعدها.

(٢) أبو علي الفضل الطبرسي - مجمع البيان في تفسير القرآن - الجزء ٢ - ٤ دار إحياء التراث العربي/ بيروت لبنان - بدون سنة طبع ص ١١٣.

(٣) محمد علي الصابوني - صغوة التفسير - المجلد الأول - ط ٥ - دار القلم بيروت - لبنان - مكتبة جنة ١٩٨٦ ص ٣٠٦.

(٤) محمد بن إدريس الشافعي - الرسالة الشافعية - ط ١ - مطبعة مصطفى الباني الحلبي وأولاده بمصر - ١٩٤٠ ص ٥٦٠.

اخرى فان قوله تعالى (وَلَا تَكُونُوا كَالَّذِينَ تَفَرَّقُوا وَاخْتَلَفُوا مِنْ بَيْنِ مَا جَاءَهُمُ الْبَيِّنَاتُ) ^(١) . يبين عدم جواز الاختلاف والتفرقة فيما جاء به بينة وهو زجر للمؤمنين عن التفرق والاختلاف للهوى ^(٢) .

واما بالنسبة لقوله تعالى (الَّذِي خَلَقَ نَفْسِي . وَالَّذِي قَدَّرَ فَهْدِي) تعني ان الله تعالى خلق الاشياء كلها فجعلها سواء في الاحكام والاتقان حسبما اقتضته حكمته، وجعل الاشياء على مقادير مخصوصة في اجناسها وانوعها وافرادها وصفاتها وافعالها واجالها فوجه كل واحد منها الى ما يصدر عنه لما ينبغي له طبعاً واختياراً وبسره لما خلق له بخلق الميول والالهامات، ونصب الدلائل وانزال الايات ^(٣) .

على ذلك فان هذه الايات تشمل الوصفين وصف الخلق ووصف تسوية الخلق، فالتسوية ان جعل الله كل جنس ونوع من الموجودات مناسبا للاعمال التي جبلته من تسوية خلقها، وكذلك تركيب الاجزاء الجسدية الظاهرة للانسان مثل اليدين والباطنة مثل القلب وايداع القوى العقلية كالحس كلها تسوية الخلق، فلا يصح معاكسة هذه التسوية بتغيير جنس الذكر وذلك بازالة قضيبه والانثى بتركيب قضيب اصطناعي لها ^(٤) . لما في ذلك من تغيير لخلق الله المحرم ودلالة هذه الايات تشير الى حرمة هذه العمليات وعدم جوازها وفقا لما تقدم.

الفرع الثاني

حكم تغيير الخلقة في السنة النبوية الشريفة ^(٥)

في الغالب ان طالبي تغيير الجنس وقبل ان يقدموا على هذه الفعلة فانهم يدعون إبداعات لا تمت الى حقيقتهم بأية صلة، ومن هذه الادعاءات الميل للجنس الاخر واحاسيسهم التي يشعرون بها طالبين على وفقها إجراء التداخل الجراحي للوصول الى التوافق بين الجسد والنفس، فضلاً عن الآلام النفسية التي لا تحتمل وغيرها التي يرمون من ورائها ان يوصلوا للجميع ان هناك مرضاً

(١) سورة آل عمران - الآية ١٠٥ .

(٢) حسنين محمد مخلف - صفوة البيان لمعاني القرآن - ط ٣ - شركة مطبعة ذات السلاسل الكويت - ١٩٨٧ ص ٩٠ .

(٣) حسنين محمد مخلف - المصدر السابق ص ٧٩٨ .

(٤) محمد المحجوب الطريطر - المرجع السابق - ص ٦٣٨ .

(٥) السنة النبوية الشريفة - تمثل المصدر الثاني من المصادر التشريعية بعد القرآن الكريم . والاصل الثاني من اصول الاحكام الشرعية ومصدرها الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم . والقرآن الكريم جاءت احكامه مبنية مكانة السنة وداعياً للاخذ بها وطالب من المسلمين الاحتكام الى الرسول الكريم فيما شجر بينهم من خلاف دون ان يجدوا في انفسهم حرجاً من قضاءه، وقوله تعالى "وما اتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا واتقوا الله ان الله شديد العقاب" سورة الحشر الآية ١٧ - مؤكداً ما جاء بهذه المعاني - وتمثل السنة النبوية الشريفة ما صدر عن الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم من فعل او قول او تقرير، انظر في ذلك تفصيلاً . د. محمد فاروق اللبهان المرجع السابق - ص ٥٩ وما بعدها .

يستوجب الجراحة لأغراض تخلصهم من هذا المرض، فإذا سلمنا أن ما يدعونه يعتبر من قبيل الحالات المرضية - على سبيل الفرض - فإنه لا يوجب لصاحبه العلاج بما هو محرم على بني البشر عملاً بنص الحديث الشريف حيث ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال "لن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم"^(١).

فبعد ثبوت حرمة فعل التغيير بموجب النص القرآني "ولامرئهم فليغيرن خلق الله"^(٢)، واعتباره من الأفعال التي يأمر بها الشيطان عباد الله وهي تعدّ من قبيل اغوائه لبني البشر، فالحديث الشريف يؤكد حقيقة أخرى للتحريم هي أن الله لم يجعل شفاء بني البشر فيما هو محرم عليهم وذلك واضح من ظاهر الحديث الشريف المذكور آنفاً، إذ إن الله عز وجل لم يجعل الشفاء من الأمراض فيما هو محرم حيث لم يجوز الحديث ذلك، هذا وقد تناول الفقهاء هذا الحديث في باب التدلوي بالمحرمات وعدم جوازها لتبوت حرمتها بدلالة نص الحديث^(٣). وفي حديث شريف عن ابن مسعود أنه صلى الله عليه وسلم قال "لن الله الواشمات والمستوشمات والنامصات والمتنمصات والمتفلجات للحسن المغيرات خلق الله"^(٤).

فالواشمة طبقاً لنص الحديث هي التي يفعل بها الوشم أما المستوشمة هي التي تفعله وذكر أن الجزء الذي يوضع به الوشم نجس لأن الدم نجس فيه فيجب إزالته إن أمكن ولو بالجرح ويستوي بذلك الرجل والمرأة، عليه يكون تعاطيه حرام بدلالة الحديث.

أما المتنمصات فهي اللواتي يطلبن التماس وهو إزالة الشعر في الوجه بواسطة المنقاش ويسمى الأخير بالتمناص وذكر في هذا الباب أنه لا يجوز للمرأة تغيير شيء من خلقها التي خلقها الله عليها بزيادة أو نقصان التماساً للحسن لا للزوج ولا لغيره، كمن تكون مقرونة الحاجبين فتزيل ما بينهما، كل ذلك داخل في النهي وهو من تغيير خلق الله^(٥).

أما المتفلجة، فهي التي تبرد أسنانها ليتباعد بعضها عن بعض قليلاً وتقوم بتحسينها وبعد ذلك حرام بدلالة الحديث فلا يجوز للمرأة طلباً للحسن أن تقوم بوشم أسنانها، وعادة تقوم به المرأة

(١) سبل السلام. ٤٤ ص ٣٦.

(٢) سورة النساء - الآية ١٩.

(٣) د. قطان عبد الرحمن الدوري - المرجع السابق ص ٤٤٤.

(٤) صحيح مسلم حديث رقم ١٢٦١ ص ٤٣٠ ومسنّد الإمام أحمد رقم ٣٦٨٧ - مسنّد أبي داود ص ٧٧ - رياض

الصالحين - باب ١٩٤/٢٩٦.

(٥) أحمد بن علي بن حجر العسقلاني - فتح الباري في شرح صحيح البخاري - ١٢ - ج ١٠ - دار السلام الرياض - دار

الفيحاء للطباعة والنشر والتوزيع - دمشق - ١٩٩٧ ص ٤٥٦ و ٤٦٣.

الكبيرة لتوهم انها صغيرة بعد ان تقوم بتحديد اسنانها فقد ورد النهي عن ذلك لما فيه من تغيير الخلقة الأصلية^(١).

من ذلك يمكن القول ان الجراحة التي تحدث شيئا غير موجود اصلا او انها تخوض في اشياء محرمة التماسا للحسن او لمجرد الرغبة في التغيير فهو حرام ولولا ذلك لما وردت الحرمة به وهي بذات الوقت وردت اللعنة عليهم فبذلك يكون تعاطي مثل هذه الامور حرام، عليه فاذا كانت الافعال البسيطة مثل الوشم والتلمص والتفلج تعد من المحرمات فكيف الحال من طمس معالم جنس الذكر واظهاره بمظهر الانثى وبالعكس، بالتأكيد تكون اكثر حرمة لما تتضمنه من تعد واضح على الخلقة السوية التي ارتضاها الله سبحانه وتعالى لعباده.

الفرع الثالث

حكم فعل التغيير عند الفقهاء المسلمين

ورد بشأن فعل التغيير فتاوى لعلماء المسلمين في دور الافتاء وقرارات اتخذت من هيئة كبار العلماء وسنبحث ذلك في فقرتين الاولى : لفتوى دار الافتاء المصرية والثانية مستكون لقرارات المجمع الفقهي الاسلامي ورابطة كبار علماء المسلمين.

اولا: فتوى دار الافتاء المصرية^(٢)

بغية التعرف على الجانب الديني وما هو الحكم الشرعي في اجراء مثل هذه الجراحات ولاستكمال التحقيقات بهذا الجانب والخاصة بطالب طب الازهر المذكور آنفاً، إذ ان النقابة العامة للأطباء لم تكتف بالجوانب الطبية والنفسية للطالب فقامت باخذ رأي دار الافتاء المصرية بوزارة العدل بهذا الخصوص وانتمثل برأي الدين في هذا التداخل الجراحي الذي بموجبه حول الذكر الى أنثى بعد ان تم استئصال اعضاء الذكورة لديه. فجاء رد دار الافتاء بشقين، الشق الاول : جاء مقرر (بجوازها في حالة تصحيح جنس الانسان او تثبيته للجنس الغالب واظهاره متى انتهى الطبيب الثقة الى وجود الدواعي الخلقية في ذات الجسد بعلامات الانوثة المظمورة او علامات الذكورة المغمورة باعتبار ان الجراحة مظهرة للاعضاء المظمورة او المغمورة تدافيا من علة جسمية لا لزول الا بيذه الجراحة) .

(١) محي الدين ابي زكريا يعقوب بن شرف النووي - رياض الصالحين - ط٤ - تحقيق حسان عبد المنزل - المكتبة الإسلامية - ١٩٩٣ هـ ص ٤٣٠ - وللزيد من المعلومات راجع كذلك محي الدين ابي زكريا بن شرف النووي - رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين - تقديم وتحقيق محمد علي القطب - ط٣ - للمكتبة المصرية للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - لبنان - ٢٠٠٠ - ص ٣٧١ .

(٢) دار الافتاء المصرية - وزارة العدل - جمهورية مصر العربية - يؤخذ رأي هذه الدار في المسائل التي تحتاج الى ابصار الجانب الديني والشرعي فيه .

واضح من نص الشق الاول من الفتوى ان موضوعها يخص الخنثى التي يتقرر فيها اجراء التداخل الجراحي لوجود الدواعي الطبية والضرورة العلاجية لذلك لما الشق الثاني : من الفتوى فان موضوعها يخص فعل التغيير موضوع البحث ، فقد جاء بها عدم جواز هذه الجراحة لمجرد الرغبة في التغيير دون دواعٍ جسدية صريحة غالبية والا نخل في حكم الحديث الشريف الذي رواه البخاري وأحمد الخاص بقوله (لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المخدئين من الرجال والمزجلات من النساء وقال اخرجهن من بيوتكم قال فاخرج النبي صلى الله عليه وسلم فلانا واخرج عمر فلانا)^(١). ويتضح ان هذه الفتوى لا تجوز هذه الجراحات إن كانت لمجرد الرغبة في تغيير الجنس من أنثى إلى ذكر أو بالعكس.

ثانياً: قرارات المجمع الفقهي الاسلامي ورابطة كبار علماء المسلمين.

أ. قرار المجمع الفقهي الاسلامي لرابطة العالم الاسلامي^(٢).

بعد البحث والمناقشة بين اعضاء المجمع تقرر ما يأتي:

اولاً : الذكر الذي اكتملت اعضاء ذكوريته والانثى التي كملت اعضاء أنوثتها لا يجوز تحويل احدهما الى النوع الآخر ومحاولة التحويل جريمة يستحق فاعلها العقوبة لانه تغيير لخلق الله، وقد حرم الله سبحانه وتعالى هذا التغيير بقوله مخبراً عن قول الشيطان: (ولامرئهم فليغيرن خلق الله) النساء - ١١٩ وقد جاء في صحيح مسلم عن ابن مسعود انه قال : (لعن الله الواشعات والمستوشمات والنامصات والمتنصات والمتفجات للحسن المغيرات خلق الله عز وجل) ثم قال (ألا لعن من لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في كتاب الله عز وجل ويعني بذلك قوله تعالى (وما اتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا) الحشر - الآية ٧) .

ثانياً: تخص هذه الفقرة من القرار الخنثى وتصحيح جنس الانسان او تثبيته فلا مجال لذكرها لعدم تعلق موضوعها بالبحث.

ب. قرار الامانة العامة لهيئة كبار العلماء المسلمين^(٣).

بعد البحث والمناقشة والدراسة تم اتخاذ القرار المتضمن (عدم جواز تحويل الذكر الى أنثى والانثى الى ذكر والذين اكتملت اعضاؤهم الذكورية أو الانثوية لديهم الى النوع الاخر وان اية

(١) الفتوى المقيدة برقم ١٦٨ لسنة ١٩٨٨ والمصادرة بتاريخ ١٩٨٨/١١/٢ بدار الافتاء المصرية- ذكرها ايضاً د. احمد محمود سعد- تغيير الجنس بين المحظر والاباحة - المرجع لسابق ص ٩١ .

(٢) قرار رقم ٦- الدورة الحادية عشر بعنوان تحويل الذكر الى أنثى وبالعكس - مكة المكرمة .

(٣) قرار الهيئة العامة - ذي الرقم ١٧٦ بتاريخ ١٤١٣/٣/١٧ هـ الدورة التاسعة والثلاثين - مدينة الطائف - السعودية.

محاولة تعتبر جريمة) اما الفقرات الثانية والثالثة تعلقنا بموضوع الخنثى وجواز ازالة الاستباه والعلاج الطبي لما فيه من مصلحة عظيمة ودرء للمفسدة حسب ما جاء بالقرار.

عليه وبعد هذا التقديم نجد ان العلماء المسلمين المجتهدين أفتوا في عصرنا هذا وأجمعوا على عدم جواز اجراء التداخل الجراحي لمجرد الرغبة في التغيير دون وجود دواعي جدية صريحة وأن اية محاولة تعد في نظر العلماء الاجلاء جريمة يستحق فاعلها العقوبة لكون الفعل يندرج تحت نص التحريم الوارد في القرآن الكريم والسنة النبوية والخاص بتغيير الخلقة^(١). وقد أوردنا شرحا لها كما تقدم ذكره.

الفرع الرابع

معيار عدم مشروعية فعل التغيير في الفقه الاسلامي

وفق ما جاء بفتاوى الفقهاء المسلمين وهيئة كبار العلماء فإنه يمكن تحديد معيار عدم مشروعية عمليات تغيير جنس الانسان الظاهري والذي يكمن في نواح عدة اهمها:

التاحية الاولى: عدم وجود دواع جسمية صريحة غائبة، فان الشخص الطالب للتغيير جنسه يخضع لعدة فحوصات قبل اجراء التداخل الجراحي وهي تخص مكونات جسده للتعرف من خلالها عما اذا كان يعاني من ضمور او غمور في الاعضاء التناسلية الذي يحملها او تحملها وصولا الى ان هناك مبررا للتدخل الجراحي من عنده؟ وهذا المبرر يدخل في اطار عدم المشروعية ان كان لا وجود للدواعي الجسمية الصريحة والغالبية كما عبر عنها الفقهاء لاجراء التداخل الجراحي.

التاحية الثانية: لا ضرورة للتدخل الجراحي، فان أي تدخل طبي علاجي او جراحي يجب - لكي يكون مشروعاً - ان تكون هناك ضرورة طبية او علاجية له ويلاحظ انه قد تكون هناك ضرورة طبية لحالة ما معروضة امام الاطباء الا ان هذه الضرورة العلاجية لا تستوجب التدخل الطبي الجراحي بل يكفي العلاج النفسي وفقاً لبرنامج تاهيلي معين يقرره الاطباء لتخليص المريض من الالام النفسية والتي يقصد من وراءها الطبيب شفاء مريضه. فعند مخالفة ذلك أي عدم وجود الضرورة فيدخل عمل الطبيب تحت نص التحريم. وأن أجري التدخل الجراحي وكانت الضرورة الطبية علاجاً نفسياً فقط فيندرج هذا الفعل تحت اطار عدم المشروعية لعدم وجود الضرورة. كما يجب على الطبيب ان يتبع جميع قواعد السلوك المهني للأطباء وهو يمارس هذه المهنة الانسانية.

التاحية الثالثة: عدم جواز اجرائها بناء على الرغبة الشخصية للمغير لجنسه او ان لا تكون اهداف التدخل الجراحي لمجرد الرغبة بالتغيير، فلو يترك العنان للأطباء على سبيل الفرض ان يجروا مثل هذه العمليات وفقاً لرغبة الشخص، فأننا نكون امام اشخاص يجعلون الناس عرضة للتجارب

الطبية والجراحات الاخلاقية. فضلا عن السماح لهم بالمساس بالجسد الذي خصه الشرائع بالحرمة الخاصة التي تليق به كإنسان مؤديا دوره في المجتمع بما يؤمن التطور له على الصعيد كافة ، لا ان يكون وباء لانتشار انواع الشذوذ التي تبعده عن دوره الطبيعي.

المطلب الثالث

الموقف الفقهي والقانوني والقضائي ولوائح حقوق الإنسان من فعل التغيير

ونحن بصدد موضوع عدم مشروعية فعل التغيير يجب علينا اعادة التوبة الى ان هذا الموضوع يختلف عن حالات مرضية تستوجب التداخل الجراحي لوجود الضرورة الطبية والشرعية لها وتوافر قصد العلاج لدى الجراح مجري العملية مع وجوب اخذ رضا المريض او ذويه وقد اوردنا شرحا لهذه الحالات لتمييزها عن حالة التغيير قدر تعلق الموضوع بها وانها لا تتم لمجرد الرغبة في التغيير، وان هذه الحالات تقترب كثيرا من الحالة موضوعة البحث لكون مخالفة شروطها وعدم التبصر باجراء الفحوصات المطلوبة يضعنا الى حد ما امام حالة تكاد تكون مجرد رغبة في التغيير لا تستوجب التداخل الجراحي ومنها حالة تصحيح جنس الانسان، ولكون كلنا الحالين هذه تعرضان للحق بالسلامة الجسدية وان محل التغيير او التصحيح هو الجسم البشري الذي خصه المشرع بالحماية الجنائية وجعل انتهاكه والتعرض له بدون ضرورة طبية مساسا به، ولأن هناك موقفا فقهيا وكذلك قضائيا يقضيان بعدم مشروعية فعل التغيير وفقا لمبررات كل منهما وهناك قوانين ايضا اجازت عمليات تصحيح جنس الانسان بصورة مباشرة وفي الوقت نفسه لم تجز فعل التغيير ضمنا في حالة مخالفة احكام القانون والتعليمات الخاصة بتصحيح جنس الانسان فكان التعرض لحالة فعل التغيير بصورة غير مباشرة كالقانون العراقي^(١). وهناك ايضا من القولين ما نصت على عدم مشروعية فعل التغيير بصورة مباشرة، فقسم من هذه القوانين عدت الفعل تشويها وقسم اخر عده فعلا يعاقب الطبيب عليه جنائيا ثم سالتاول مدى تعارض لسوائح حقوق الانسان المعلنة مع فعل التغيير كل ذلك سيكون مدار بحث في الافرع الاربعة التالية:

الفرع الاول

الموقف الفقهي

انعكاس هذا الاتجاه القاضي بعدم مشروعية فعل التغيير جاء من خلال طبيعة الشخص على جسمه وحرية التي يمارس من خلالها جميع أنشطة الحياة وانه مبدأ لا يجوز المساس به على اعتبار أن ذلك يتعلق بالنظام العام. واكدت على ذلك اغلب القوانين وان من يمثل هذا الاتجاه هما جانب من الفقه الفرنسي والفقه الايطالي. مع الملاحظة ان الفقهاء الايطاليين يسلّمون بنظرية

(١) انظر تعليمات وزارة الصحة العامة العراقية - المشار اليها سابقا .

الرضا الحر سبباً لإباحة النشاط الطبي مستثنين في ذلك إلى المادة (٥٠) من قانون العقوبات الإيطالي حيث تضمنت قاعدة عامة عدت الرضا مبرراً للجرائم التي تمس أو تعرض للخطر حق شخصي بجوز التصرف فيه لكن هذا الحق مقيد بنص المادة (٤) من القانون المدني الإيطالي التي اشترطت عدم مخالفة تلك الأفعال للقانون أو النظام العام والآداب الحسنة وتصرفات الشخص على سلامته الجسدية تكون مشروعة شريطة ألا يترتب على الفعل نقص دائم في كيانه البدني من حيث السلامة الجسدية^(١).

وتأسيساً على ذلك فإن أي تدخل جراحي دون رضا المريض يكون مخالفاً للنظام العام ولن الهدف من ورائه إضافة لذلك يجب أن يكون العلاج، فبعدم توافر هذا نكون أمام حالة نشاط طبي غير مشروع. عليه وفقاً لهذه الشروط أقر هذا الاتجاه عدم مشروعية هذا الفعل وأن المساس بمبدأ حرمة الجسم يجعل منه فعلاً غير مشروعاً وهو مبدأ يضع الإنسان فوق الاتفاقات القانونية ولا يكون محلاً لها، عليه فلا يجوز أن يخضع لعمليات جراحية غير مأمونة النتائج وينجم عنها الكثير من المخاطر. والجانب من الفقه الفرنسي استند إلى عدم مشروعية هذا الفعل عدم وجود الضرورة وهذا ما نصت عليه المادة ٢٢ من قانون آداب مهنة الطب الفرنسي وهو أن أي عمل جراحي إذا لم تتوافر له الضرورة العلاجية فإن يتجرد عن المشروعية حتى لو كان بناء على رضا صاحب المصلحة^(٢).

إذ إن جسم الإنسان هو الكيان الذي يباشر الوظائف الحيوية وهو محل لهذا الحق وهو يعد من الحقوق الشخصية بصونها المجتمع لكل الأفراد وأن الاعتداءات عليها يعني المساس بحق الإنسان في الحياة وتكامله الجسدي^(٣).

فيذا المبدأ وكما أوردناه يعد من الحقوق الشخصية والصلبة بها. فرفض أي مساس بسلامة الجسم أو عدم الخضوع للعمليات الجراحية أو الطبية ويعد من تلك الحقوق ويعتبر مبرراً للرفض أيضاً^(٤).

(١) شعبان أبو عجيله - عصارة - المسؤولية الجنائية تطليبي عند استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه - جامعة بغداد - كلية القانون ٢٠٠١ - ص ٢٢٢.

(٢) د. عمر فاروق الفحل - المرجع السابق - ص ٨٧٥.

(٣) د. حسن عودة زغال - المرجع السابق - ص ٢٣.

(٤) Jean carbonnier, Droit Civil (introduction les personnes): paris, 1982, P 234 والمشار إليه في

د. منذر الفضل المرجع السابق ص ٢٧.

إذ انه يكاد بجمع الفقه على ان اعمال الطبيب او الجراح لا تكون مشروعة الا في حالة علاج مرضاهم وشفائهم من الامراض التي المت بهم وهي الغاية التي من اجلها رخص القانون لهم بمزاولة هذه المهنة^(١).

هذا من ناحية وظيفة الطبيب او الجراح، اما وظيفة اهل القانون الطبيعية جماعت لتأمين التعايش السلمي في المجتمع البشري وتحقيق الانسجام بين نشاطات مجموع الافراد فيه، اذن القانون من هذه الناحية يمثل اساس النظام الاجتماعي وتأمين انسجامه ووسيلة بقائه وارتقاؤه^(٢). عليه فلا مجال لتأييد الاطباء فيما ذهب جانب منهم الى المناداة باجراء هذا النوع من النشاط الجراحي فلا يجوز السير وراء طموحاتهم الشخصية. إذ ان هذه الطموحات تصطدم بالقواعد التي تحكم العلاقات الاجتماعية والمبادئ التي يركز عليها المجتمع، لذا ذهب الرأي الفقهي الى خطر التغيير الارادي ولا يجوز التذرع انه يجري خارج ارادة صاحبه. إذ ان هذا الاخير يحاول ان يثبت للمجتمع مظهراً خارجياً عكس طبيعة جنسه، والذي لا يقبل ايضاً من الاطباء انهم يجعلون من المغير لجنسه بحالة توافق بين جسده وشعوره، إذ ان ذلك من باب أولى واجب القانون فهو الذي يحدد توجيهات المجتمع^(٣).

فان كان ادعاء الاطباء صحيحاً فيمكن ان يتم التوافق بالعلاج النفسي لا بالتدخل الجراحي الذي يضعنا امام حالة رجل مسخ أصله امرأة، أو مسخ امرأة أصلها رجل ضاربين عرض الحائط كل قوانين الطبيعة بهذا الخصوص.

الفرع الثاني

الموقف القانوني

السلوك الذي يمثل الجريمة يكون من شأنه اهداراً لمصلحة قانونية تكون محلاً للحماية، او يشكل هذا السلوك تهديداً لها بالخطر وان من يتصدى لهذه الافعال هو قانون العقوبات والغاية من وراء ذلك ابقاء المجتمع مستقراً وسليماً من خلال حماية المصالح الاساسية له. ومن حيث ان الجريمة تشكل تهديداً بالخطر او اهداراً لمصلحة محمية تكون على نوعين الاول جرائم خطر والثاني جرائم ضرر. النوع الاول يجرمه المشرع لمجرد الخشية من حدوثه فهو يروم حماية المصلحة من الخطر الذي يتهدها، والى منع الاضرار بتلك المصالح التي يضيف القانون عليها حمايته، اما النوع الثاني وهو جرائم الضرر فهي تلك الجرائم التي تهدر المصلحة محل الحماية سواء أكان كلياً أو جزئياً إذ ان الضرر فيها يقيني ويكون على مصلحة الحق في سلامة الجسم كما

(١) شعبان ابو عجلية - المرجع السابق - ص ٣٣ .

(٢) د. رياض القيسي - المرجع السابق - ص ٤٣ .

(٣) د. احمد محمود سعد - تغيير الجنس بين الحظر والاباحة - المرجع السابق ص ٥٢٤ .

في جرائم الايذاء، ويلاحظ ان اغلب الجرائم هي جرائم ضرر حيث يكون نموذجها القانوني في ان يترتب على السلوك ضرر له اثر في العالم الخارجي، وقد يكون ماديا كجسم الانسان وسلامته الجسدية وقد يكون معنويا كالشرف والاعتبار^(١).

وهي قد تقع عمدا وقد تقع بغير عمد وذلك بتوافر القصد الجنائي لدى مرتكبها فأنها تكون عمدية وافترض انتفائه بالنسبة للجرائم غير العمدية^(٢). وقد تكون الجريمة متعمدة القصد^(٣). فلو افترضنا ان المشرع قد نص على تجريم الفعل موضوع البحث تجريماً مباشراً في قانون العقوبات العراقي فانه سوف يندرج تحت لواء جرائم الضرر من ناحية انه يمثل اعتداء صارخا على الحق في السلامة الجسدية، وهو فعل أيضاً يجب تأثيمه والتصدي له لحماية تلك المصلحة حتى وان كان التصدي له لمجرد الخشية من وقوعه وانتشاره وذلك لمنع الاضرار الناجمة عن تلك الجراحات اللااخلاقية.

ولاسيما اذا ادركنا ان الخط الفاصل بين التحويل الجنسي- وهذه الحالة التشخيص فيها بعد مسألة معقدة La diagnostic complexe - والتخنت الظاهري او فعل التغيير لمجرد الرغبة به. ليس على درجة كافية من اتوضوح. وانه يجب رفض كل تعديل جسدي صناعي كما في فعل تغيير جنس الانسان حيث يمكن الحصول عليه ببعض الطرق التي يمكن ان تقع تحت طائلة القانون الجنائي إذ يتعلق تأثيرها على الجنس العادي والمبدئي للشخص الذي يكون محلاً للتغيير^(٤). إذ ان المصلحة محل الحماية هي مصلحة الانسان في حماية جسمه حماية شاملة من الافعال التي تشكل عدوانا عليه، او على هذه المصلحة المحمية^(٥). والعنوان كما مر ذكره قد يكون نقصانا لاحد اعضاء الجسم او قصوره عن اداء عمله الطبيعي او تشويها له.

فان المشرع العراقي قد فعل خيرا عندما اصدر تعليمات تصحيح جنس الانسان مظهرا مدى اهتمامه بجانب التشخيص^(٦). لان هذا الجانب وكما اسلفت من المسائل المعقدة وهو في الوقت نفسه يكون سابق لاجراء التداخل الجراحي، فحالة ما اذا كان التشخيص خاطئاً او انه جاء مسائراً لرغبة طالب التغيير المجردة فاننا بهذه الحالة نكون امام عملية جراحية لتغيير الجنس ان اجريت طبعا وفقا لهذا الافتراض، إذ ان هذه الحالة المرضية قد يعاني صاحبها من تخنت ظاهري مثلاً فلا

(١) محمد مروان علي - المصلحة المعتبرة في التجريم - رسالة دكتوراه - جامعة الموصل - كلية القانون - ٢٠٠٢ ص ٦٤.

(٢) د. حميد السعدي - شرح قانون العقوبات الجديد - الجزء الاول - دار الحرية للطباعة - بغداد - ١٩٧٦ ص ٣٢٧.

(٣) انظر المادة ٤١٠ من قانون العقوبات العراقي ١١١ لسنة ١٩٦٩.

(٤) د. احمد محمود سعد - تغيير الجنس بين المحظور والباحة - المرجع السابق ص ٥٢١.

(٥) جندي عبد الملك - الموسوعة الجنائية - الجزء الخامس - ط ١ - دار احياء التراث العربي - بيروت - ص ٧٧٧.

(٦) انظر المولد ٢-٤ من التعليمات - وزارة الصحة المشار اليها سابقا .

تستلزم حالته اجراء التداخل الجراحي وانما يكفي العلاج النفسي وهذا ما حصل لطالب طب الازهر. إذ ان تشخيصه ابتداءً كان خاطئاً حيث كان الفحص الاول الذي اجري له يتضمن انه يعاني من حالة اضطراب في الهوية الجنسية *Transexualisme* وعلى اساس هذا التشخيص اجريت الجراحة، لكن بعد ذلك تبين انه رجل كامل الذكورة وصفاته الذكورية من ناحية الاعضاء التناسلية مكتملة النمو ولا يعاني من اية تشوهات في اعضائه، وقد ثبت بعد الجراحة التي اجريت انها كانت غير لازمة فكان يكفي العلاج النفسي لحالته مع التوقف عن تناول الهرمونات الانثوية التي كان يتناولها. ومن الجدير بالذكر ان المشرع العراقي جعل كلا من ادارة المستشفى والطبيب الجراح مسؤولين عن اجراء أي عملية تصحيح جنس خلافاً لاحكام القانون والتعليمات الصادرة بشأن التصحيح المنوه عنها (المادة السادسة من التعليمات). عليه ومن هذا الجانب واحتمال الخطأ في التشخيص يكون المشرع قد تصدى لهذه الحالة - حالة التغير - بصورة غير مباشرة وذلك بالمسائلة القانونية وفق القواعد العامة.

وان ادارة المستشفى والطبيب الجراح تكون مسؤوليتهم منعقدة عند اجرائهم أي عملية تصحيح جنس خلافاً للشروط الواردة في التعليمات والمطلوب توفرها في طالب التصحيح وفقاً لمتطلبات الحالة المرضية هذه المنصوص عليها وأستكمال الفحوصات اللازمة للوقوف على حالته قبل اتخاذ القرار باجراء العملية من عدمه.

اما المشرع اللبناني فكان تصديه لفعل تغيير جنس الانسان مباشراً وصريحاً عندما اعتبره تشويهاً كل علاج طبي او جراحي يؤدي الى تغيير الجنس ويؤثر في مستقبل المريض^(١).

وأن المشرع اللبناني كان غير موفق عندما اورد الشق الاخير من هذه المادة الخاص بالتأثير في مستقبل المريض، فكل علاج طبي أو جراحي يؤدي الى تغيير الجنس هو يؤثر في الوقت نفسه في مستقبل المريض خصوصاً انه ينقله من حالة الى حالة معاكسة لجنسه، فهل هناك تغيير جنس يتم اجراؤه لشخص ما غير مؤثر في مستقبله. اعتقد أن عدم ايراد هذا الشق افضل من ايراده تلافياً لما قد يطرح من ادعاءات يقدمها الطبيب تتضمن عدم تأثير التداخل الجراحي الذي اجراء على مستقبل المريض، وما يتمخض عن هذه الادعاءات من اشكال يكون الغرض من ورائها اضعاف المشروعية على مثل هكذا جراحات.

اما فيما يخص قانون العقوبات الكندي فإن الطبيب يعاقب جنائياً اذا مارس عملية تغيير جنس بدون ادنى ضرورة والعقوبة تكون وفقاً للمواد (٢٢٨ ، ٢٤٥) عقوبات كندي وهي الحبس لمدة تصل الى خمس سنوات لكل من تسبب بنون وجه حق في اذاء الغير بدنياً لو تعدى عليه.

(١) انظر قانون الآداب الطبية العامة اللبناني لعام ١٩٩٤ المادة ٣٠/٥ .

وقد تصل العقوبة الى اربعة عشر سنة اذا كان اذاء الغير عن طريق الجرح او احداث التشويه لديه وتعريض حياته للخطر، فإن ما يجعل الطبيب تحت طائلة العقاب هو ان يجري العملية بدون ضرورة، اما اذا تمت لهدف علاجي فإنه لا مانع من اجراءها وبكفي لتحقيق ذلك قرار الطبيب اذا تضمن ان المريض يعاني من آلام نفسية ناجمة عن عدم اتساق المظهر الخارجي لاجزائه التناسلية وشعوره بالانتماء الى الجنس الآخر. ويلحظ على القانون الكندي انه اطلق العنان للطبيب في تقدير اجراء العملية من عدمه فله وحده تقدير الضرورة العلاجية فإذا ما انحرف عن اصول مهنته واجرى عملية بدون ضرورة فإن ذلك يضعه تحت وطأة المسؤولية^(١).

بيد ان شرط الضرورة والهدف العلاجي الذي يقرره الطبيب وحده يجعله شرطاً غير مهم لان الطبيب الجراح هو الذي يحدد الهدف العلاجي ويسبب اجرائه وجود الضرورة الطبية المتمثلة بوضع حد لآلام المريض النفسية. وأعتقد ان ذلك غير كاف لتحديد الضرورة الطبية لاجراء مثل هكذا تداخلات جراحية، لا يجب ان تكون هنالك لجنة من اطباء متعددي الاختصاصات تقرر بالاجماع ان هناك ضرورة لاجراء العملية من عدمه منعاً لوقوع جراحات لا اخلاقية وايضا إلى جانب وجود اللجنة الطبية هذه يجعل من السهل جدا عليها الوقوف على حقيقة امر الحالة المعروضة امامها.

الفرع الثالث

الموقف القضائي

بعد ان اكتشف امر طالب طب الازهر من ان التداخل الجراحي الذي اجري له كان بدون دواع طبية. إذ ثبت بعده انه يتمتع بصفات الذكورة الكاملة، فقررت الجامعة التي ينسب اليها الطالب فصله، فطلب الطالب المذكور وقف قرار الفصل هذا من محكمة القضاء الاداري في الدعوى المرقم (٢٣٢) وبعد الاطلاع على الحثيثات الخاصة بالدعوى اتخذت المحكمة قرارا بتاريخ ١٩٨٩/١١/١٤ والذي تضمن (ان الطالب كان مكتمل الذكورة وكانت أعضاؤه التناسلية مكتملة النمو ولم تكن لديه أعضاء تناسلية انثوية خارجية او داخلية. وان اجراء العملية الجراحية كان بدون دواعي طبية على الاطلاق. فضلا عن انه كان يتشبه بالنساء في الملبس والزينة فيكون قد خرج عن السلوك السوي والآداب الاسلامية الفاضلة التي يلزم توافرها فيمن ينسب الى جامعة الازهر)^(٢). ويلحظ من القرار ان المحكمة لم تعول على الجانب النفسي لفعل التغيير.

(١) د. احمد محمود سعد - تغيير الجنس بين الحظر والاباحة - المرجع السابق ص: ٢٩٢.

(٢) د. علي حسين حبيدة - بعض صور التقدم الطبي وانعكاساتها القانونية في مجال القانون المدني (التلقيح الصناعي

وتغيير الجنس) - مطبعة كلية الحقوق - جامعة القاهرة - مصر - ١٩٩١/٩٠ ص: ٨٠.

هذا فيما يخص القضاء المصري. لكن في قضية عرضت على القضاء التونسي فاتخذ هذا القضاء احكاما كانت أكثر وضوحا وأنجع تحليلا من ناحية عدم مشروعية فعل التغيير وتناقيه واحكام شريعتنا ائغراء ومخالفته للنظام العام وما أستقر عليه العلم حديثا. ويمثل هذا الموقف اتجاها قضائيا حديثا نظرا لحدائة الواقعة التي عرضت على المحكمة الابتدائية بجمهورية تونس والتي طعن بقرارها امام محكمة الاستئناف بتونس واتخذ على اثرها الموقف القاضي بعدم مشروعية جراحة تغيير جنس الانسان التي اجريت لطالب الاستئناف، عليه سأتناول هذا الحكم وحديثاته وما جاء بموقف محكمة الاستئناف بشيء من التفصيل وفقا لما يأتي:

اولا: وقائع الدعوى

نتلخص وقائع الدعوى في ان المدعي كان شابا يدعى (س بن ع)، ادعى امام المحكمة الابتدائية بتونس بانه ولد ذكر في الاصل، غير انه وبعد مرور الوقت حسب ما جاء بأدعائه اصبح انثى حين تغيرت اعضاؤه طبيعيا لصفة انثوية، وقد نما له نهدين وشعر في العانة نمواً أنثوياً مضيقا الى ان الاعضاء التناسلية هذه تثبت صفاته الانثوية، مما اضطره والحال هذا الى اجراء عملية جراحية في اسبانيا لتغيير اعضائه التناسلية الى الشكل الانثوي. وقد تلخصت طلباته، الحكم بعده انثى وليس ذكر والطلب بان تاذن له المحكمة - بحمل اسم الانثى "س" والاذن لضابط الحالة المدنية بادراج ذلك في السجلات والقيود الخاصة^(١).

وكان من ادلتها الثبوتية شهادة طبية مترجمة الى العربية صادرة عن الجراح الاسباني (مجري العملية) جاء بمضمونها ان هذا الشاب اجريت له عملية لتغيير الاعضاء التناسلية الخارجية تضمنت تقويم مهبل بفرج واشفار وعمق فرجي للمهبل يشابه ما لدى الاناث وكان تاريخ الجراحة عام ١٩٨٩. وقدم للمحكمة أيضاً - تقريراً طبياً صادراً عن الطبيب الاختصاصي بامراض النساء (عبد الحميد قوبعة) بمستشفى شارل نيكول اكد ان المذكور له خاصيات انثوية، وانه لا يمكن ان يكون الا من الجنس النسوي.

ثانياً : - قرار المحكمة الابتدائية - المرحلة الابتدائية

كان من مجريات الاضبارة الابتدائية ان يفحص الشاب طبيب. وفعلا قد اكد الاخير بعد الفحص الذي اجراه، ان الاضطراب النفسي ادى به الى القيام باجراء عملية لتغيير جنسه وبالتالي ان هذا الفعل ارادي وبسوجه وقع تغيير أصطناعي. وكان بالامكان معالجته نفسيا وتجنبيه اللجوء الى القيام بتصرفات لا يمكنه من تغيير حقيقي لجنسه باعتبار أن المقومات البيولوجية والتناسلية لجنسه الحقيقي لا تكسبه مظهرا للجنس المعاكس لجنسه باجراء العملية الجراحية. هذا وقد استندت

(١) قيدت الدعوى بالعدد ٥٩٨٥ بتاريخ ١٩٩٢/٥/٢.

المحكمة إلى التقرير الطبي هذا والصادر من الطبيب رفيق بوخريص. عليه قررت المحكمة الابتدائية رفض الدعوى وتحمل القائم بها المصاريف مسببة قرارها بأن تغيير جنس المعني كان بفعل فاعل وبصورة اضطناعية خلافا للقانون الجزائي ومقتضياته وخلافا للديانات السماوية.

ثالثا : قرار محكمة الاستئناف - المرحلة الاستئنافية

استأنف القرار الابتدائي المدعي المذكور لمخالفته القانون ولعدة أسباب وردت بلائحته، منها أن القرار اعتمد على طبيب غير مختص وأن التغيير الحاصل ليس نتيجة نزوة وإنما بسبب اضطراب نفسي ولم يكن مساسا بالنظام العام وأن ما صار إليه لا يمكن تداركه مما يجعله أمام حالة قانونية غير عادية مضيفاً بواسطة وكيله أن فقه القضاء الفرنسي تركز على حرية الشخص في تغيير جنسه طبقاً لقناعاته وأن دور القضاء يقتصر وهذه الحالة على احترام الفرد واختياره. طالبا للأسباب الواردة في لائحته هذه نقض الحكم الابتدائي والحكم وفقاً لما جاء بطلبات الدعوى واستدعائها^(١).

اصدرت محكمة الاستئناف قراراً بتاريخ ١٩٩٣/١٢/٢٢ تضمن ، قبول الاستئناف شكلاً ورفضه اصلاً وتأييد الحكم الابتدائي واجراء العمل به وتخطئة المستأنف بالمال المؤمن وتحمله المصاريف القانونية، لذ أن مثل هذه الحالة يتحتم معها الرجوع الى الفقه الاسلامي والى القانون المقارن أيضاً عند الاقتضاء للمقاييس عليه ذلك بسبب عدم تعرض القضاء التونسي الى مثل هذه الاشكالية، خصوصاً أن المستأنف تعرض باطّباب الى الخنثى دون أن تكون المسألة كذلك . فهي تعتبر حديثة الوقوع ومستحدثة نظراً للتطور الحاصل في العلوم الطبية . وتطرق القرار الى ما جاء بأحكام القرآن الكريم من توازن في الكون الذي لولاه لفقد قاصدا التوازن بين الذكور والاناث، واللحظة التي خصها الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم بالمشبهين بالنساء وأن حالة المستأنف المذكور لا تشكل ضرورة وأن العمل الجراحي هو عمل ارادي بحث بعيداً عن الدواعي الطبية مخالفاً بذلك الموروث الحضاري والاخلاقي لهذه الامة، وأن القضاء ليس دوره اقرار الحق بصفة مطلقة وإنما اقرار له، شريطة أن يكون مطابقاً للقانون والنظام العام. وأكدت المحكمة على أنه لا يمكن مجازاة ما توصل اليه الاوربيون لاختلاف الحضارات على اعتبار أن كلا من القاضي الاوربي والقاضي العربي مقيد بمخزون حضاري وثقافي مختلف احدهما عن الآخر واخيراً أن تغيير الجنس بصفة ارادية وثقافية يتنافى واحكام الشريعة الاسلامية والنظام العام وما استقر عليه العلم حالياً، عليه توجب تقرير الحكم الابتدائي والعمل بموجبه^(٢).

(١) قيدت بمحكمة الاستئناف - تونس بالرقم ١٠٢٩٨ .

(٢) مجلة القضاء والتشريع - العدد يناير ١٩٩٤ - جمهورية تونس - ص ١٠٩ وما بعدها . والمزيد من الاقادة الرجوع

الى د الشهابي ابراهيم الشرفاوي - المرجع السابق - ص ٢٦٠ وما بعدها .

ويتضح ان هذا القرار يعد اتجاها رافضا لفعل تغيير جنس الانسان الظاهري وانه بحق يستحق الاثمادة من حيث الاسباب التي انتهجها والمسوغ للرافض لجراحات الممسوخ المحرمة هذه والتي اعزى احد اسبابها للارتباط الوثيق بالموروث الحضاري والاخلاقي لأمتنا وشريعتنا الغراء التي تدخل هذا الفعل تحت لواء التغيير في خلق الله المحرم كما اسلفت، عليه فانه يمثل النموذجا يتسم بالرقى في مجال تسببيه بعدم مشروعية فعل التغيير الارادي الذي يتم لمجرد الرغبة المجردة غير السائغة.

اما القضاء الفرنسي فله موقف سابق يقرر مشروعية فعل التغيير وآخر لاحق سياترق لتلك المواقف بمناسبة مشروعية الفعل بالمنظور القضائي .

لكن هناك حكمين عبرت عنهما محكمة النقض الفرنسية اكدت فيها عدم مشروعية فعل التغيير، ففي حكم لها صادر في ١٩٨٧/٣/٣ رفضت فيه تغيير الجنس وقضت بعدم ترتيب اثره، معللة هذا الرفض بان الجراحة تمت نتيجة لحالة نفسية مما يجعله تغييرا اراديا دون دواع طبيعية فرفض طلب تغيير جنس الطاعن من ذكر الى انثى مع تأييد الحكم للصادر من محكمة الموضوع التي ذهبت الى ان الشخص لا يزال رجلا من الناحية الجينية وانه لا يزال يحمل تلك الصفات المتعلقة بجنس الرجل أيضا وان الانتماء الى جنس معين لا يكون من خلال الشعور النفسي بالانتماء له او في الصفات الجنسية الثانوية لهذا الجنس مثل الصوت^(١).

وحكم اخر صدر بتاريخ ١٩٨٨/٦/٧ رفضت تغيير الجنس مع تأييد قضاء محكمة الموضوع فيما ذهب الى كون الاعتبارات النفسية والاجتماعية التي كانت وراء تقرير تغيير الجنس لم ترق لتبرير التغيير^(٢).

الفرع الرابع

موقف لوائح حقوق الانسان من فعل التغيير

حقوق الانسان او اعلان الحقوق كلها وثائق يترك للأفراد تنظيمها. وهي وثائق تضع الضمانات التي تكفل حقوق الافراد وحياتهم او أنها تذكر الاسس والحدود التي بموجبها تتدخل الدولة لتنظيم هذه الامور بعيدا عن التعسف والفوضى، فالسلطة بموجب هذا التوجه تنبثق عن الشعب وتعمل بحدود الحق ولأجل الصالح العام. ويذكر ان اول اعلان لحقوق الانسان هو الاعلان الامريكي وقد ذكرته وثيقة الاستقلال التي وضعها جيفرسن وتضمنها ايضا دستور ماساشوسيتس

(١) د. الشهابي ابراهيم الشرفاوي - المرجع السابق - ص ٢٥٤ .

(٢) د. احمد محمود سعد - تغيير الجنس بين الحظر والاباحة - المرجع السابق - ص ٢٦٤.

المصادر في ١٥/حزيران / ١٧٨٠ والتي اكدت ان الافراد جميعا خلقوا متساوين ومنحوا من خالقهم حقوقاً غير قابلة للانتزاع وهي الحق في الحياة، والحق في الحرية، والسعي نحو السعادة ، ثم جاء بعد ذلك اعلان حقوق الانسان والمواطن الذي صدر بعد الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩ وجعل مقدمة لدستور ١٧٩١ للجمهورية الفرنسية والذي عد غاية كل مجتمع سياسي هي المحافظة على حقوق الانسان الطبيعية وغير القابلة للتقادم، ونص على حق الامن والطمأنينة وذكرت نصوص المساواة بانواعها. بعد ذلك تتابعت اعلانات الحقوق وكثر التصريح بها في اغلب الدول ولاسيما بعد الحرب العالمية الاولى^(١).

وجاء ميثاق الامم المتحدة الذي اكد تعزيز احترام حقوق الانسان والحريات الاساسية للناس جميعا بل وعلى التشجيع على اطلاق هذه الحريات بدون تمييز بسبب الجنس او اللغة او الدين ولا تفريق بين الرجال او للنساء^(٢).

وبعد ذلك اقرت الجمعية العامة لهيئة الامم المتحدة في دورتها الثالثة المنعقدة في باريس وثيقة الاعلان الدولي لحقوق الانسان ولهذه الاخيرة اهمية بالغة واكدت ان لكل فرد الحق في الحياة وفي الحرية وفي ضمان شخصيته وما الى غير ذلك من حقوق متعلقة بالحريات وتجعل جميع الافراد متساوين في الكرامة والحقوق^(٣). وتماشيا مع فكرة حقوق الانسان المعلنة فيا ترى هل ان للمغيرين لجنسهم ان يحتجوا بان هذه اللوائح جميعا جاءت مقدسة للحرية الشخصية للانسان وان عملهم هذا لا يتعارض واحكامها ومع ما جاءت به من حقوق مصانة. ولهم الحق في استخدامها بالتصرف او التنازل حتى وان كانت قوانين دول هؤلاء لا تجيز هذه الجراحات، على اساس ان هذه اللوائح جاءت مؤيدة وضامنة لكل الحقوق؟ الاجابة عما تقدم يتمثل في ان ذلك الاحتجاج بالتاكيد يتعارض معها ولا يجوز لهم القول بذلك او التذرع به من ناحيتين.

الناحية الاولى: هو ما جاء بنص المادة ٢٧ من اعلان حقوق الانسان العالمي والتي جاء فيها:

أ. على الفرد واجبات تجاه المجموع ليستطيع ان يحقق لشخصيته نمواً حراً كاملاً.

ب. لا يخضع الفرد في التمتع بحقوقه وممارسة حرياته الا الى الحدود التي يضعها القانون لضمان احترام حقوق وممارسة حرياته وللمعاشاة المفتضيات العادلة للاخلاق والنظام العام والطمأنينة الشاملة في مجتمع ديمقراطي.

(١) د. اسماعيل مرزة - القانون الدستوري - دراسة مقارنة - دار صادر منشورات الجامعة اللبنانية - بدون سنة طبع - ص ٣٥٨ وما بعدها.

(٢) انظر البند الثالث من المادة الاولى - لميثاق الامم المتحدة.

(٣) انظر المواد ١-٤ من اعلان حقوق الانسان العالمي الصادر عن منظمة الامم المتحدة في ١٠/ديسمبر/١٩٤٨.

ج. لا يجوز في حال من الأحوال ان تمارس هذه الحقوق وهذه الحريات بشكل يتنافى واهداف الامم المتحدة ومبادئها.

والحق في السلامة الجسدية كما اسلفت يعد من الحقوق النصيقة بالشخصية والتي يرجع الاساس في الاعتراف بها الى مدرسة القانون الطبيعي وهذه المدرسة اثرت في القانون الفرنسي (قانون نابليون) وكذلك الامر اثرت في الفقه الفرنسي. وهذه ترى ان الانسان يولد حراً ومتمتعاً بحقوق طبيعية بفطرته الانسانية وهي حقوق اساسية كالحق في الحياة والحق في الاسم والحق على الجسد ، ثم استقر هذا الحق في الكثير من الدساتير واعتبر من جملة مبادئ الاعلان العالمي لحقوق الانسان والمواطن^(١).

الناحية الثانية: ان هناك اجراءات موضوعية لحماية حقوق الانسان Thematic Mandates التي بدأت العمل بموجبها عام ١٩٨٠ لجنة حقوق الانسان واللجنة الفرعية وقد اتبعت هذه اللجان منهج في الحماية الدولية لها هدفها وفي بادئ امرها كان لحماية حق من حقوق الانسان او رصد تطبيق أحد الصكوك الدولية لحقوق الانسان. بعدها توسعت هذه الاجراءات لتشمل مختلف حقوق الانسان حتى نهاية دورة ٢٠٠٢ لهذه اللجنة، ومنها موضوع حق الانسان في التمتع باعلى مستوى من الصحة البدنية والعقلية ورصد تطبيق هذه الحقوق لان الغاية من الحماية الدولية لهذه الحقوق هي وقف انتهاكاتها وتحسين حالة حقوق الانسان عبر التعاون الدولي^(٢).

وعلى اساس ما تقدم افلا يعد فعل تغيير الجنس في قوانين حتى الدول التي اجازت هذه الجراحات انتهاكا لموضوع الحق في الصحة البدنية وتشجيعا له في الوقت الذي خلصنا فيه سابقا الى ان الصحة البدنية والحق في سلامة الجسم حق يكفله المجتمع لكل المواطنين، حسب تقديري وامع وجود هذه الضمانة فانه يعد انتهاكا لها فكان على الدول التي اجازت تغيير الجنس ان توقف العمل به وبالقوانين المنظمة له لضمان حقوق هؤلاء الاشخاص بالتمتع بالصحة البدنية باعلى مستوى لها وتوعيتهم بعدم الاقدام على مثل هذه الجراحات اللااخلاقية، لأن هذه الحقوق نصت عليها لوائح حقوق الانسان وان ممارسة الشخص لهذه الحريات لا تكون الا في الاطار والحدود التي يضعها القانون وممارستها تتماشى ومقتضيات الاخلاق والعدالة والنظام العام، عليه فالتعارض واضح أي ان موقف لوائح حقوق الانسان المعلنة يتنافى وفعل تغيير جنس الانسان الذي يتعارض أيضاً مع أبسط قواعد الاخلاق.

(١) د. سنتر الفضل - المرجع السابق - ص ٢٨.

(٢) باسويل يوسف - دبلوماسية حقوق الانسان المرجعية القانونية والآليات - ط ١ - الناشر بيت الحكمة - بغداد ٢٠٠٢

المبحث الثاني

مشروعية فعل التغيير

لاحظنا في المبحث الاول ان هناك من القوانين التي نصدت الى فعل تغيير الجنس بصورة مباشرة مثل قانون الاداب الطبية اللبناني لعام ١٩٩٤ والذي يعد هذا الفعل تشويها (العلاج الطبي او الجراحي المؤدي الى تغيير الجنس) وغيرها من القوانين التي تطرقت اليه، فالحال نفسه لموضوع مشروعية فعل التغيير أي اباحة العمليات الجراحية المؤدية الى تغيير جنس الانسان الى الجنس المعاكس لجنسه ، فهناك قوانين نظمت هذا الموضوع بنصوص قانونية صريحة معترفة بهذا الجراحات المسخ خلافا للموروث الانساني وفطرته محددة لشروط اجرائها وحالاتها ومرتبته في ذات الوقت لاثارها، وهناك قوانين أيضاً لم تنص صراحة على اباحة هذه العمليات او الجراحات لكن كان الاستناد في ابحاثها الى قوانين الاخصاء والعقم الصادرة فيها فكان الاعتراف بها ضمناً واخيراً وهناك ايضا قوانين لم تنص او تنظم هذه الجراحات لا بصورة صريحة ولا ضمنية أي ان تشريعاتها جاءت خالية من النص عليها فاستندت في ابحاثها الى مشروعية اعمال الجراحة والعلاج والتطبيب تاركة الامر فيها لمناقشات فقهية واحكام قضائية لقرت وقضت باباحة فعل التغيير كلا بحسب منظوره. عليه سأتناول هذا الموضوع بمطالب ثلاث.

الاول: سيكون للقوانين التي اباحت عمليات تغيير الجنس صراحة.

الثاني: للقوانين التي اباحت عمليات تغيير الجنس ضمناً.

الثالث: ساخصصه للقوانين التي لم تنظم هذه الجراحات.

المطلب الاول

القوانين التي اباحت عمليات تغيير الجنس صراحة

نظمت هذا النوع من العمليات الجراحية المؤدية الى تغيير جنس الانسان حسب شعور ورغبة طالب التغيير نحو الجنس الاخر، وحسب احساسه وميله الحقيقي بالانتماء الى الجنس المعاكس لجنسه كلا من القانون السويدي وقانون المانيا الديمقراطية السابقة، إذ وضعتا هذه القوانين تنظيمات دقيقة لها وفيما يأتي بيان لمواقف القانونين المذكورين.

الفروع الأولى

موقف القانون السويدي^(١)

تضمن هذا القانون تنظيمًا دقيقًا لفعل تغيير جنس الإنسان وقد أورد شروطًا تتعلق بطالب التغيير وما يستلزمه هذا الأمر من موافقات اصولية ونص على الحالات المرضية المشمولة بالموافقة على إجراء التدخل الجراحي مع تحديد جهة الطعن بالقرارات التي تصدرها الجهة المختصة لإجراء العملية الجراحية من عدمه، ونظم أيضا عدم جواز افشاء الأسرار والمعلومات الخاصة بطالب التغيير وحالة جوارها، كذلك حدد طريقة مباشرة الإجراءات الجنائية بحق مرتكبها، وسأتناول وبفقرات أربعة شروط اباحة فعل التغيير والحالات التي تجوز فيها الجراحة وايضا موضوعي الجهة المختصة باصدار القرارات الخاصة في البت بطلبات التغيير ثم الجرائم وعقوباتها الواردة بهذا القانون وكما يأتي:

أولاً: شروط اباحة فعل التغيير:

لاباحة هذا الفعل في ظل القانون السويدي نوعان من الشروط. شروط تتعلق بطالب التغيير واخرى تتعلق بطالب التغيير ومرفقاته الاصولية.

١. الشروط المتعلقة بطالب التغيير:

١. يجب ان يكون سويديا او متمتعاً بالجنسية السويدية.

٢. ان يكون غير متزوج.

٣. ان يكون عقيماً او غير قادر على الانجاب لاسباب اخرى.

٤. ان يكون مقيداً بالسجلات الوطنية.

٥. ان يكون قد شعر منذ شبابه انه لا ينتمي الى الجنس المدون بالسجلات الوطنية.

٦. ان يكون قد اتم الثامنة عشر من عمره وان لا يكون خاضعاً للوصاية ان كان عمره اقل من

ذلك. ويبرر هذا الشرط لتكون لديه القدرة على اعطاء الرضا الصحيح^(٢). اما اذا لم يتم الثامنة

عشر من عمره وكان الامر يتعلق بحدث لا يقل عمره عن اثنتي عشرة سنة فيلزم والحالة هذه

ايضاً الحصول على رضاه لصحة تغيير جنسه^(٣).

ب. الشروط المتعلقة بالطالب ومرفقاته الاصولية:

^(١) صدر هذا القانون في ٢١/ابريل/١٩٧٢م. والمشار اليه في د.محمود احمد سعد - تغيير الجنس بين الحظر والاناحة -

المرجع السابق - ص ٤٩ وما بعدها، وكذلك محمد المحجوب الاطريطر - المرجع السابق - ص ٦٣٦. ود.عمر فاروق

الفحل - المرجع السابق ص ٨٧١.

^(٢) المادة الاولى منه.

^(٣) المادة الثانية منه.

١. ان يتم تقديم الطلب من قبل طالب التغيير شخصياً، او من قبل وليه اذا كان الطلب يتعلق بحدث لا يقل عمره عن اثنتي عشرة سنة.
٢. ان يقدم الطلب الى الهيئة الادارية العليا^(١) والاخيرة تقوم بفحص وتدقيق الطلب من حيث توافر الشروط بطالب التغيير وطلبات ترخيص اباحة الفعل واجراء الجراحة.
٣. يجب ان يتضمن الطلب الموافقات الاصولية لطلب التغيير وتكون برفقته الموافقة المسبقة على انتمائه للجنس الاخر وتكون مشروعة ومستقلة عن تحديد جنسه المسبق^(٢). والموافقة الخاصة بحصول طالب التغيير على تصريح او اذن باجراء العملية^(٣)، على ان يتضمن الطلب تحديدا للطبيب الذي سيقوم باجراء العملية الجراحية وهذا التحديد يكون لحين صدور الاذن باجراء العملية. اما اذا لم يتم التحديد فيتم اجراؤها بواسطة احد الاطباء العاملين بالمستشفى الذي سيتم فيه اجراء التداخل الجراحي^(٤).
٤. ان يدون قرار الهيئة الادارية العليا على طلب التغيير لاجراض الطعن فيه^(٥). ولنا ملاحظة على ما ورد من شروط لاباحة الفعل موضوع البحث، تحديداً الشرط الخاص بعدم الزواج فالأفضل ان يكون على اقل تقدير لم يسبق له الزواج تلافياً لما قد يحصل لاطفاله من زواج سابق خصوصاً ان موضوع العقم او عدم الانجاب ممكن ان يخلق من طالب التغيير او انه بمحض صدفة يتعرض لمرض تؤدي نتائجه الى عدم القدرة على الانجاب او يسلك طريق الاختصاص والعقم كما سنرى هناك قوانين تضمنت هذا الموضوع، وبذلك ينأى هذا القانون بتجنب اطفال هذا الشخص لما سيحصل لهم فبعد تغيير جنسه هل يعتبر اباً لهم أم أم أم ماذا؟ وهذا ما حصل لرجل الاعمال العراقي (وك) إذ اقدم على تغيير جنسه وله من فراش الزوجية طفلين فما مصير هؤلاء الاطفال؟ وكثيراً من التساؤلات قد تثار عن مثل هذا الموضوع لزاء الوضع الجديد الذي يصبح عليه المغير لجنسه بعد عملية التغيير^(٦).

(١) انظر المادة الخامسة من القانون .

(٢) المادة الاولى منه.

(٣) المادة الرابعة منه.

(٤) المادة الرابعة- الشق الاخير منها.

(٥) المادة السادسة منه.

(٦) هذا ويذكر ان رجل الاعمال العراقي (و ك) غير جنسه من ذكر الى انثى بعملية جراحية لجريت له في بريطانيا بعد ان تناول جرعات من الهرمونات لهذه الغاية واطلق على نفسه بعد ذلك اسم سمثا، للمعلومة تجدها للدكتور محمد حمد خليس الحربي - ما هو رأي الدين في عملية تغيير الجنس ١٤/١٢/١٩٩٨ المتاحة على الموقع الالكتروني.

ثانياً: الحالات التي تجوز فيها الجراحة

قد اورد هذا القانون حالتين اجاز فيهما عملية تغيير الجنس لمن توافرت فيه فضلاً عن الشروط المتقدمة الذكر وهي :

الحالة الاولى: حالة التغيير نتيجة الرغبة والشعور النفسي.

ان ينتاب حسب ما ورد بنص القانون طالب التغيير شعورا او رغبة نحو الجنس الاخر فضلاً عن ان تتوفر لديه القدرة على ان يلعب الدور الجنسي المعاكس لجنسه في المستقبل. وان يكون هذا الشعور او هذه الرغبة قد جرى سلوك طالب التغيير عليها منذ وقت طويل^(١). عليه يتبين ان هذه الحالة هي حالة تغيير جنس حسب الرغبة النفسية المجردة لطالب التغيير وحسب ميله الجنسي المعاكس لجنسه، فانن المعيار الذي أتبعه القانون السويدي لابطاحه هذا الفعل هو المعيار النفسي. وهو في الوقت نفسه المعيار المعتمد لتحديد جنس الانسان هناك حسب ظاهر النص، وهذا ما لا يقبله العقل والمنطق وقد خالصنا سابقا انه وللوقوف على حقيقة أي حالة مرضية من هذا النوع يجب ان تكون هناك لجنة طبية من عدة اختصاصات لكي تكون نتائج ما تقوّل إليه صائبة ومتوافقة مع ما تتطلبه حالة المريض من علاج، فضلاً عن ذلك فإن للمعايير الواردة سابقا الخاصة بتحديد جنس الانسان والتي هي معيار العلامات الظاهرة والباطنة والمعيار البايولوجي والمعيار النفسي كلها بمجموعها تصلح ان تكون محلاً لهذا التحديد لا ان يتم اخذ احدها مفصّلاً عن المعايير الاخرى تلافياً للخطأ في تشخيص الحالة وما يتم عن هذا الخطأ من انتشار لمثل هذه الشذوذاً اذا تم اعتماد الرغبة النفسية المجردة لطالب التغيير.

الحالة الثانية: حالة التغيير نتيجة التشوّهات في الاعضاء التناسلية.

نتمثل في ان الشخص حسب نص القانون يعاني من تشوّهات في أعضائه التناسلية وتكون هذه على درجة من الجسامة حتى يثار حولها الشك من انتمائه الى جنس دون آخر، وان يكون هناك امكانية لاجراء عملية تقويم لتلك التشوّهات لجعلها اكثر تلاؤماً مع الجنس المراد التحويل اليه او اكثر تلاؤماً مع التكوين البدني العام لصاحب التغيير^(٢).

وبلحظ على هذه الحالة انها غامضة وغير واضحة، لان التشوّهات المذكورة في هذا النص تحتمل اكثر من معنى فقد تحصل التشوّهات بفعل فاعل او بفعل طالب التغيير شخصياً لكي يضع الجهات المسؤولة عن ذلك امام امر واقع يروم من ورائه اجراء عملية تغيير لجنسه، او قد تكون هذه التشوّهات بسبب عملية الختان التي اجريت للشخص بخطأ من الشخص المختص باجرائها،

(١) انظر المادة الاولى من القانون السويدي المشار اليه.

(٢) المادة الثانية من القانون.

وقد تكون هذه التثوهات أيضاً خلقية منذ بدء التكوين الخلقي أو الجيني كما في الخنثى وتعارض علامات الذكورة والانوثة لديه كأن يكون طمور في احداها وغمور في الثانية وتستلزم معها الحالة اجراء التداخل الجراحي لازالة هذا الغموض واظهار الجنس الغالب لديه ولا تسمى هذه العملية بعملية تغيير جنس وانما عملية اظهار للجنس كما مر ذكره.

اما ان المادة تشير الى تصحيح جنس الانسان باجراء عملية التقويم المذكورة فلا اعتقد ذلك لان اغلب حالات تصحيح جنس الانسان ممن يكونون غير قادرين على الانتجاب والرغبة بالميل الى الجنس الاخر تكون على الرغم منهم أي انه يشعر بنفسه أنه ينتمي الى الجنس المعاكس لجنسه على الرغم منه ومن شعوره فيما لا يكون خفياً تشريحة الجنسي العام⁽¹⁾. ويلاحظ ان هذا القانون يتطلب ان يكون المتقدم لطلب التغيير عقيماً او غير قادر على الانتجاب لاسباب اخرى وكما مر بيانه كل هذه الاشكاليات يمكن ان تثيرها هذه المادة بسبب عدم وضوحها فيجب تحديد من هو المقصود بها لكي يكون مشمولاً باحكامها، لكن قد يكون المقصود بها الخنثى المشكل لان هذا القانون أورد ان هناك موافقة مسبقة يجب ان يحصل عليها طالب التغيير خاصة بانتمائه للجنس الاخر تمنح له بناء على طلبه، وتكون مشروعة استقلالاً عن التحديد المسبق للجنس وفقاً للمادة الثانية⁽²⁾. والمادة الثانية خاصة بالتثوهات وانه حسب نص القانون يجرى تحديد مسبق لجنس طالب التغيير بغية اجراء عملية التقويم لاظهار الجنس الغالب لديه، خصوصاً ان النساء المتحولات (الخنثى) يكن عقيماً وكذلك الذكور بالرغم من طبيعة الشكل الخارجي الا انهم يعانون من ضمور في الاعضاء التناسلية وتكون الجينات الجنسية لديهم غير طبيعية⁽³⁾.

لكن مع ذلك نجد ان هذا القانون بإيراده الاباحة وفق هذه الشروط لفعل تغيير جنس الانسان حسب الرغبة المجردة من الناحية النفسية، وإيراده نص المادة الثانية الخاصة بالتثوهات مع ما تثيره من اشكالات وفقاً لما تقدم وبدون ايضاح للمقصود منها يكون قد فتح الباب على مصراعيه لمن يرومون تغيير جنسهم وهذا يعد من المآخذ على هذا القانون.

ثالثاً: الجهة المختصة باصدار القرارات الخاصة في البت بطلبات التغيير

تقدم الطلبات بعد استكمال شروطها المطلوبة قانوناً الى الهيئة الادارية العليا وهذه تقوم بدورها بدراسة هذه الطلبات وفحصها بغية تدقيق كل ما جاء فيها من الشروط الواردة في المادتين الاولى والثانية المتعلقة بطلب التغيير وتلك المتعلقة بطلب التغيير ومرفقاته بما فيها الموافقات

⁽¹⁾ Suzanne J. kessler and Wendy Mekenna. -op.cit- p.115

⁽²⁾ انظر المادة الاولى من القانون السويدي.

⁽³⁾ Arnold- op. Cit- P.178

الاصولية وطلبات الترخيص الواردة في المادة الرابعة المنوه عنها انفا للاطلاع حول ما اذا استكمل الشروط من عدمه.

فاذا كان هناك اجراء لم يستحصل الموافقة بشأنه من قبل طالب التغيير خصوصاً الحصول المسبق على تصريح خاص يتضمن الموافقة على التدخل الجراحي^(١). فيحق لهذه الهيئة رفض طلب التغيير وعدم اعطاء الموافقة على اجرائها، ولكون هذه الجهة ادارية وقرارها كذلك، فيستطيع طالب التغيير ان يمارس حقه في الطعن بهذا القرار. والجهة صاحبة النظر بهذا الطعن هي محكمة القضاء الاداري^(٢). وهي بدورها صاحبة الكلمة الفصل في هذا القرار من حيث موافقته للقانون أو عدمه. ويلاحظ أن القانون لم يورد نصاً اذا كان بإمكان طالب التغيير ان يملك طريقاً آخر للطعن او يستطيع ان يطعن بالقرارات التي تصدرها محكمة القضاء الاداري.

رابعاً: الجرائم الواردة في هذا القانون وعقوباتها

أورد القانون جريمتين: الاولى خاصة بافشاء المعلومات والثانية مخالفة احكام القانون عليه سأتناول هذه الجرائم بالتشرح وذكر عقوبتها حسب نص القانون.

الاولى: جريمة افشاء المعلومات

نظم هذا القانون وكما رأينا فعل تغيير جنس الانسان عن طريق التدخل الجراحي لمن توافرت فيه الشروط المنصوص عليها واستحصل الترخيص بذلك والموافقات الاصولية المطلوب منه تقديمها قبل اجراء العملية الجراحية. وهذه الاوراق تتضمن معلومات عن الحياة الخاصة لصاحب الشأن فيها. فاذا ما اوكل النظر في هذا الموضوع لشخص ما من القائمين بهذا العمل وقام بافشاء هذه المعلومات فان القانون بهذه الحالة يضعه تحت وطأة المسؤولية الجزائية في حالة المخالفة فان كانت عمداً أو اهمالاً تكون العقوبة بالغرامة والحبس مدة لا تزيد عن سنة. على ان لا تباشر بحقه الاجراءات الجنائية الا بناء على شكوى من المجني عليه، مما يعني ان هذه الافعال سواء كانت عمداً أو اهمالاً لا يجوز تحريك الدعوى الجزائية فيها الا بناء على شكوى من المجني عليه، اما اذا كانت المصلحة العامة تتطلب ذلك فان هذه الملاحقة تتم وفقاً لهذا القانون بدون شكوى المجني عليه، مع ملاحظة ان كل ذلك يجب ان يتم دون تصريح مسبق من صاحب الشأن مما يعني ان كان هناك تصريح سابق لهذه الحالة فلا عقاب على من افشى المعلومات الخاصة بحياة طالب التغيير^(٣).

(١) انظر المادة الرابعة والخامسة من القانون السويدي.

(٢) انظر المادة السادسة من القانون.

(٣) انظر المادة السابعة من القانون.

لثانية : جريمة مخالفة احكام القانون

تضمن هذا القانون عقاباً لمن يخالف احكامه عمداً أو أهماً إذا حصل هذا الفعل خارج الاطار القانوني لآباحة فعل التغيير، إذ إن القانون يبيح هذا الفعل وكما رأينا لكنه في الوقت نفسه يفرض العقوبة على المسؤول جزائياً عن هذه المخالفة ليس على أساس عدم مشروعية الفعل ولكنه يفرضها إذا كانت خارج إطار الآباحة المنصوص عليها في مواده من شروط وموافقات خاصة نوهنا عنها آنفاً.

وتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد عن السنة لشهر إذا لم يكن هذا الفعل معاقباً عليه في قانون العقوبات فإذا كان كذلك فإن قانون العقوبات السويدي بهذه الحالة هو القانون الواجب التطبيق^(١).
ويلحظ أن العقوبة المذكورة آنفاً تخص التداخل الجراحي الخاص بتقويم وموائمة الاعضاء التناسلية للمريض لجعلها تتلاءم والجنس الآخر مع ما جاءت به المادة الرابعة من احكام حول هذا الموضوع^(٢).

الفرع الثاني

موقف قانون المانيا الديمقراطية السابقة

تضمن هذا القانون تنظيمًا لجراحات تغيير جنس الانسان وخص هذا التنظيم الاشخاص الذين يعانون من نوع الجنس الذي ينتمون اليه على أن تكون لديهم احساس حقيقيه بالميل الى الجنس الآخر. عليه فإنه يجب على طالب التغيير أن يقدم طلباً رسمياً بعد أن يستوفي للشروط الآتية :

اولاً: أن يبلغ من العمر ٢٥ سنة.

ثانياً: ألا يكون قد تزوج .

ثالثاً: أن يكون فاقد القدرة تماماً على الانجاب.

رابعاً: أن يبدي استعداداً لاجراء العملية الجراحية الخاصة بأعضائه التناسلية بغية اكسابها مظهراً يتفق وأعضاء الجنس الآخر وأن تكون لديه رغبة قوية نحو العملية ، هذا وقد وردت هذه الشروط في المادة الثامنة من هذا القانون^(٣).

(١) انظر المادة الثامنة من القانون.

(٢) انظر الشق الاول من المادة الثامنة من القانون.

(٣) صدر هذا القانون في ١٠/سبتمبر/١٩٨٠ م أشار اليه في د. عمر فلروق النحل - المرجع السابق ص ٨٧٢ و د. احمد محمود سعيد- تغيير الجنس بين الخطر والآباحة- المرجع السابق ص ٤٦٢ و د. الشهابي ابراهيم الشرقاوي- المرجع السابق ص ٢٣٠ و د. علي حسين نجيدة- المرجع السابق - ص ٧٤.

يلحظ ان هذا القانون أيضاً اعتمد على احساس وميل طالب التغيير الى الجنس المعاكس لجنسه لاغراض اباحة فعل تغيير جنس الانسان الارادي وحسب رغبته القوية لذلك، مما يدل على ان هذا القانون اعتمد على المعيار النفسي مقياساً لتحديد جنس الانسان وأساساً لاباحة هذا الفعل وقد تطرقنا الى المآخذ حول الاخذ بهذا المعيار منفرداً وانه يجب اضافة لذلك اعتماد المعيار البيولوجي او الكروموزومي مع الاخذ بنظر الاعتبار المظهر الخارجي للاعضاء التناسلية الخارجية والداخلية لاغراض هذا التحديد، واعتماد رأي لجنة من اختصاصات متعددة كذلك التي نص عليها قانون الصحة العامة العراقي في التعليمات المنظمة لعمليات تصحيح جنس الانسان^(١). اما اذا اعتمد على المعيار النفسي كما في هذا القانون فإنه سيقتود بنا الى جنس حسب الرغبة او للطلب وهذا ما ترفضه قواعد الاخلاق كما وضع سابقاً.

هذا ولنفترض ايضاً ان شخصاً ما اراد تغيير جنسه وابدى استعداداً لذلك بعد ان توافرت فيه الشروط التي يتطلبها هذا القانون لاجراء مثل هذه العملية طالباً ان تكون اعضائه الجنسية (التناسلية) متطابقة والمظهر المتفق تماماً لاعضاء الجنس المعاكس لجنسه، وان هذا الطلب تقدم به بناء على رغبة قوية ورضاء حراً صادراً عنه، وهو في وضع يؤهله اعطاء مثل هذا للرضا. فاذا تمت موافقته على هذا الطلب فان هذا الرضا لا يعتد به وفقاً لقانون العقوبات الالماني، لكون هذا القانون يشترط لعدم مساءلة الجاني عن الافعال الماسة بسلامة جسم المجني عليه ان لا تكون مخالفة للآداب^(٢). مما يعني ان مثل هذا الفعل المخالف للآداب والفطرة الانسانية لا يجعل مقترفه بمنأى عن المساءلة بالرغم من ادعائه في ان هذا الفعل تم برضا المجني عليه، حتى وان كان هذا الرضا ممن هو مؤهل لاعطاءه. وقد توافرت فيه الشروط المتقدم ذكرها، عليه كان على من اقر بمشروعية هذا الفعل وفق شروطه ملاحظة قانون العقوبات مع ما جاء به من احكام تنظم الحياة الاجتماعية، لا ان يتم اباحة مثل هذه الافعال المخالفة للآداب وبالتالي يفترض ان يكون الجاني تحت وطأة المسؤولية لا ان يكون بمنأى عنها.

(١) ذكرت هذه التعليمات ان اللجنة تتألف اطباء في جراحة المجاري البولية والنسائية والتوليد والطب النفسي والوراثة الخلوية اضافة الى الموظف القانوني الذي يكون دوره التوجيه وتبهم ذوي مقدم الطلب عن الآثار القانونية للتغيير. انظر المادة الاولى من التعليمات ٤ في ٢٥/١١/٢٠٠٢.

(٢) Strafgesetzbuch (StGB) 15/Mai/1871 (RGBl.S.127) 25Januar/1998 (BGB,i.L.S.164) No 228 مع ملاحظة ان هذه المادة موجودة في قانون العقوبات الملغى في الصفحة ١٢٧ ووردت بقانون العقوبات الالماني الجديد الصادر في ٢٥/١/١٩٩٨ المادة ٢٢٨ منه في الصفحة ١٦٤.

المطلب الثاني

القوانين التي اباحت عمليات تغيير الجنس ضمناً

هناك قوانين اقرت بمشروعية عمليات تغيير الجنس واباحتها بصورة ضمنية استناداً الى أحكام قوانين صادرة ابيح بمقتضاها عمليات الاخصاء والعقم وهي القانون الالماني والسويسري والدنماركي والنرويجي. وقوانين اخرى تضمنت اجراءات ما بعد فعل التغيير الحاصل لجنس الانسان وهي قانون كولومبيا البريطانية وقانون البرتا ودول اخرى مثل روسيا التي اجازت التصديق الاداري على هذا الفعل، عليه سأتناول هذه القوانين في فرعين مستقلين وكما يأتي:

الفرع الاول

القوانين التي اباحت فعل تغيير الجنس استناداً الى اباحة الاخصاء والعقم

اجاز القانون الالماني الاتحادي^(١)، لمن تتوافر لديه امكانية اعطاء الرضا الحر والمستنير ويكون قد بلغ من العمر ٢٥ سنة العمليات الجراحية التي تؤدي الى اخصاء او عقم الشخص سوى اكان ذكراً أو أنثى، شريطة ان تلطوي هذه العملية على ميزة علاجية تقديرها يكون للطبيب، وتستوي الميزة العلاجية ان كانت للوقاية او الشفاء او مجرد تسكين شذوذ جنسي يعاني منه الشخص طالب الاخصاء او العقم، على ان يتم اخباره بطبيعة ومدى جسامه المخاطر المرتبطة بالعملية. وبعد ذلك علاجاً يمتد ليشمل فعل التغيير وكذلك الامر في القانون السويسري^(٢). مع توافر قصد العلاج الذي امتد ليشمل عمليات التحول الجنسي مع الاكتفاء برضا الشخص بهذا الشأن.

اما القانون الدنماركي^(٣)، فقد اباح الاخصاء للأشخاص الذين يصابون بشذوذ جنسي نتيجة عيب في تكوينهم الفسيولوجي أو كان انحطاطاً خلقياً جسيماً يدفعهم الى ارتكاب الجريمة، واشترط القانون ان تجرى هذه العمليات لمن يتمتعون بالجنسية الدنماركية، ولمباشرتها يجب الحصول على موافقة وزارة العدل الدنماركية. والقانون النرويجي^(٤) نظم امر هذه العمليات ايضاً واكتفى ان يكون سببها خطيراً وينفرد الطبيب بتقديره وتقدير الرضا الصادر من المريض^(٥).

(١) صدر هذا القانون بتاريخ ١٥/١١/١٩٦٩، وللمزيد من التفصيل راجع محمد المحجوب الطريطر - المرجع السابق -

ص ٦٣٦

(٢) صدر هذا القانون سنة ١٩٤٥ - وينكر ان سويسرا تقرر مشروعية عمليات الاخصاء والعقم منذ تلك السنة.

(٣) صدر هذا القانون بتاريخ ١١/٥/١٩٣٥.

(٤) صدر هذا القانون بتاريخ ١/يونيه/١٩٣٤.

(٥) د. عمر فاروق الفحل - المرجع السابق - ص ٨٧٢-٨٧٣.

وقد أوردت هذه القوانين نقطتين رئيسيتين الأولى هي ان للأطباء وحدهم تقرير الميزة العلاجية على ان يفرد الطبيب بتقدير ما اذا كان سبب العملية خطير مع وجود قصد العلاج امسا النقطة الثانية هي ان تستوي الميزة العلاجية اذا كانت للوقاية او الشفاء او مجرد التسكين للشذوذ الجنسي.

نتساءل هنا، ماذا يكون الحال اذا اطلق الاطباء العنان لانفسهم - مع احترامنا الشديد لهذه المهنة الانسانية - من اجل ارضاء شغواتهم العلمية وكما ذكرنا سابقا، الا يعد ذلك تشجيعا لهم فسي ان يكون الجسم البشري محلا للتجارب وغزواً للكيان الجسدي الذي خصته اغلب القوانين الجنائية بالحماية القانونية. وبما لا يليق بمهنة الطب الانسانية لما ينتج عن هذه الجراحات من كائن مسخ لا يعرف اذكر هو ام انثى؟ وبالنتيجة يكون لا هذا ولا ذاك.

اما نتائج عملية الاخصاء فتتمثل بتقليل الاثارة والقوة الجنسية للذين يجسرون هذه العمليات^(١). فاذا كان الامر المطلوب هو عدم ارتكابهم الجرائم كنتيجة لشذوذهم هذا فان عملية الاخصاء وحدها كافية لكبح جماحهم الجنسي فلا مسوغ لاجراء عملية تغيير الجنس لديهم.

وطالما ان الموضوع يخص التسكين حسب ما جاء بنص القانون، فهل تعد هذه الجراحة تسكينا لهذا الشذوذ؟ الجواب بالتأكيد كلا لان احساس وتصرفات الذكر والانثى الشاذة واتجاهة الى نفس الجنس علاجه يكون من خلال الطب النفسي وليس من خلال التدخل الجراحي^(٢).

خصوصا ان العلاج النفسي يعطي نتائج افضل بكثير من تلك التي تعطيها نتائج العلاجات المادية كجراحة الاخصاء وجراحة تغيير بل وقد ثبت ان العلاجات الهرمونية عديمة الفائدة على اختلافها في علاج الانحرافات الجنسية لدى الجنسين^(٣). فكان على تلك القوانين ان تترك الامر لطريق العلاج النفسي لعلاج هذه الانحرافات والشذوذات الجنسية لا ان تبيح عمليات تغيير جنس الانسان استنادا لباحة الاخصاء والعقم لديها .

الفرع الثاني

القوانين التي اباحت فعل تغيير الجنس استنادا الى تنظيمها اجراءات ما بعد التغيير صدر قانونان هما قانون كولومبيا البريطانية وقانون البرتا ALberta في كندا قرر الاول ان للشخص غير المتزوج والذي سبق له وان اجري عملية تغيير لجنسه ان يتقدم بطلب لمدير مصلحة الحالة المدنية بطلب فيه تغيير البيان المتعلق بجنسه في شهادة ميلاده. ويكون برفقة هذا

(١) د. على كمال - المرجع السابق - ص ٣٠٢.

(٢) محمد رفعت - العمليات الجراحية وجراحة التجميل - اشترك في تأليفه نخبة من اساتذة كليات الطب بمصر ط ٢ دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت / لبنان ١٩٧٧ ص ٨٤.

(٣) د. على كمال - المرجع السابق - ص ٣٠١.

الطلب الشهادة الطبية الصادرة من الجراح الذي أجرى له العملية والتي على اثرها تم تغيير جنسه الى الجنس المعاكس، مما يعني ان هذا القانون نظم الاثر المترتب على اجراء عملية التغيير الخاص بالجنس الولد في شهادة الميلاد. اما قانون البرتا لم يتطلب هذا القانون ان يكون الشخص غير متزوج اما ما تبقى فهو كسابقه^(١).

وهناك دول مثل روسيا اجازت التصديق الاداري على هذا النوع من العمليات وهذه الاجازة تغطي المشروعية الضمنية على هذه العمليات الجراحية^(٢).

وفي انكلترا والنرويج اجازت قوانينها لمن يغيرون جنسهم ان يستردوا نفقات هذه الجراحة من الضمان الاجتماعي، هذا ويذكر ان صدور اللائحة الخاصة بالجرائم الجنسية في بريطانيا عام ١٩٦٧ ادى الى التخلص من كل عقبة قانونية تواجه الاعتراف بمشروعية هذه الجراحات إذ ان هذه اللائحة لا تعترض أي عملية جراحية تهدف الى تحقيق هدف علاجي^(٣).

وقد اوردنا سابقا ان فعل تغيير جنس الانسان تلك الجراحة اللااخلاقية لا تكسب صاحبها الا مظهرا للجنس المعاكس لجنسه أي ان التغيير يكون ظاهريا عليه نجد ان هذه القوانين بتغييرها البيانات الوارد في السجلات المدنية الخاصة بحالته المدنية في الحقل الخاص بجنسه قد اعترفت بالتغيير الحقيقي للجنس وهذا ما لا يستطيع ان يدركه بقي البشر ومهما وصل العلم إليه في المجال الطبي من تطور وتقنية عالية المستوى، اذ ان العملية الجراحية الخاصة بفعل التغيير تكسبه مظهرا خارجيا للجنس المعاكس لجنسه فيكون التغيير فيها في الشكل ليس الا فكان على هذه القوانين عدم ترتيب مثل هذا الاثر كنتيجة للتغيير، وباختصار شديد ان فعل التغيير يفقد صاحبه خصائصه الجنسية بعد ان يتم استئصال الاعضاء الجنسية لديه دون ان يكتسب من هذا الفعل خصائص النوع المعاكس لجنسه والذي جرى التغيير على اساسه.

اما فيما يخص الشرط الخاص بعدم الزواج فقد خلصنا سابقا بان من الافضل بان يكون لم يسبق له الزواج كما في قانون المانيا الديمقراطية الصادر في ١٠/سبتمبر/١٩٨٠ مار الذكر فكيف والحال بقانون البرتا الذي لم يشترط كونه الشخص غير متزوج فلا مانع من ان يكون متزوجا مع ما يترتب عن ذلك من اثار سلبية بحق ذريته ان كان متزوجا.

هذا وقد اعتمدت هذه القوانين على الشهادة الطبية الصادرة من الجراح الذي أجرى عملية التغيير لاتخاذها معيارا لاجابة المغير لجنسه على طلبه الخاص بتغيير جنسه في سجله المدني وهذا

(١) د. احمد محمود سعد - تغيير الجنس بين العظر والاباحة - المرجع السابق - ص ٤٤.

(٢) د. علي حسين نجدة - المرجع السابق - ص ٧٤.

(٣) د. الشهابي ابراهيم - المرجع السابق - ص ٢٣٢.

ايضا تسجيع اخر للاطباء على غزو الجسم البشري والذي يجب ان يكون على اقل تقدير ضمن الاعمال المشروعة الغاية من وراءها خدمة البشرية بما يقدمه الاطباء من خدمات جليلة للانسان لا ان تكون هذه الخدمات الغاية من وراءها هدم التراث الانساني في التناسل.

المطلب الثالث

مشروعية الفعل في القوانين التي لم تنظم عمليات تغيير الجنس

وهي في الحقيقة تمثل اغلب القوانين التي لم تتناول فعل تغيير الجنس في نصوص قوانينها لا بصورة صريحة ولا ضمنية. فيصح عليها القول انها التزمت حيال هذا الموضوع جانب الصمت ، لكن في بعضها وانطلاقا من مبادئ قانونية عامة فيها، أهمها أن فعل التغيير عندما يقدم عليه الشخص فإنه يعد مظهراً من مظاهر حرية ومباشرة على عناصر جسده، لذلك نضعنا هذه المسألة أمام مهمة صعبة من خلال البحث على التوازن المطلوب تحقيقه لصالح الفرد والمجتمع في إطار التقدم القانوني وان تناولها يؤدي الى انسجام القانون مع الحقائق الطبية والفنية وجانبها العلمي المتطور^(١).

ولغياب النص التشريعي فيها ومن خلال مناقشات فقهية وضع اطرها الفقهاء واخرى احكام قضائية صدرت لتقرر مشروعية فعل التغيير، ركزت هذه المناقشات على ان للفرد الحق في اختيار جنسه وقد تنحورت ايضا على قصد العلاج لدى الطبيب وهو يمارس عمله الطبي واسناد هذا العمل الى القواعد العامة في اعمال الطب والجراحة وصولا الى ابحاثه، كون هناك ضرورة علاجية حسب رأيهم مما يعني ان الطبيب وهو يمارس نشاطه الطبي على المريض قد اقتنع ان هذه العملية قصد من وراءها علاج مريضه وقام بتخليص هذا الاخير من الالم، وهناك رأي كما سنرى للمحاكم التي اقرت مشروعية هذا الفعل تضمن ان هذه المشروعية تستند الى نظرية الضرورة على اساس ان كل عمل طبي او جراحي اذا لم يتوافق فيه ضرورة علاجية فإنه يتجرد عن المشروعية، ولاغراض معرفة مدى توافق هذه الظروف مع مشروعية الفعل ساقوم بتسليط الضوء اولا على مشروعية اعمال الجراحة والعلاج مع بيان حكم فعل التغيير فيها ومن ثم سأتناول مشروعية الفعل وفق المنظورين الفقهي والقضائي اللذين اجازا هذه العمليات بالرغم من غياب النص التشريعي في قوانينها وفق الفروع الثلاثة وحسب الآتي:

الفرع الاول

مشروعية اعمال الجراحة والعلاج وبيان حكم فعل التغيير ضمن نطاقها

ان غرض المشرع من تجريم الافعال والنص عليها في القوانين الجنائية هو حماية الحق محل الاعتداء، فهو يجرم الافعال التي من شأنها الاعتداء عليه، حيث ان الحقيقة في هذا المجال ان الشارع لا يجرم الافعال لذاتها ولكنه يجرمها لان من شأنها الاعتداء على حق يحميه وكون الفعل من شأنه هذا الاعتداء هو علة تجريمه. وهذا التجريم يمتد الى جميع الافعال، ويجب ان تتحقق المساواة في صفة هذه الافعال طالما أن المساواة بينها متحققة من حيث أنها اعتداء على حق يحميه المشرع^(١).

هذا هو المبدأ لكن هناك اسباباً من شأنها تجريد الواقعة من صفتها الجرمية حتى وان شكلت اعتداء على حق يحميه المشرع كالحق في سلامة الجسم لمجرد تحقق احداها، وبالرغم من استكمالها لمساتر العناصر القانونية اللازمة لقيام الجريمة، فعند توافر سبب من اسباب الاباحة يصبح الفعل مشروعاً لانقضاء علة التجريم^(٢). واسباب الاباحة اذا ما عرضت لسلوك خضع ابتداء لنص تجريم وكان ذي صفة غير مشروعة، فانها تخرجه من نطاق هذا النص وتخلع عنه عدم المشروعية وتعيده الى اصله فعلاً مشروعاً^(٣). وتسمى ايضا باسباب التبرير كما اوردها بعض القوانين العقابية ومنها قانون العقوبات الاردني المادة ٥٩ منه حيث نصت على (الفعل المرتكب في ممارسة حق دون اساءة استعماله لا يعد جريمة)^(٤).

وان قانون العقوبات العراقي ذكر ثلاثة اسباب للاباحة وهي اداء الواجب واستعمال الحق وحق الدفاع الشرعي^(٥). وفي نطاق القانون الجنائي تعد الغاية من تقرير الحقوق هي مصلحة المجتمع بالدرجة الاولى ليس مصلحة صاحب الحق نفسه فقط، ففي العلاج الطبي لا تكون المصلحة للطبيب وانما للمريض والمجتمع ايضا^(٦).

عليه يتعين الوقوف على حقيقة الاساس القانوني لاباحة النشاط الطبي ومن ثم شروط اباحة هذا النشاط وتبين خلال ذلك وضمن نطاقها حكم فعل تغيير جنس الانسان.

(١) د. محمود نجيب حنفي - المراجع السابق - ص ٤٣٨.

(٢) د. محمد زكي ابو عامر - قانون العقوبات اللبناني - القسم العام - الدار الجامعية للطباعة والنشر ١٩٨١ ص ٢٣٠.

(٣) د. علي حسين حنفي و د. سلطان الشاوي - المبادئ القانونية في قانون العقوبات ١٩٨٢ ص ٢٤٠.

(٤) كذلك قانون العقوبات اللبناني اقر بمبدأ التبرير في المادة ١٨٣ (لا يعد جريمة للفعل المرتكب في ممارسة الحق بغير

تجاوز)

(٥) انظر المواد ٣٩-٤٢ من قانون العقوبات العراقي.

(٦) د. حميد السعدي - المراجع السابق - ج ١ - ص ٣٢٦.

أولاً: الأساس القانوني لإباحة النشاط الطبي

قد أجمع الفقه والقضاء وكذلك القوانين العقابية في مختلف دول العالم على إباحة النشاط الطبي المتمثل في أعمال الجراحة والعلاج والوقاية للأطباء ومن في حكمهم كل بحسب اختصاصه، لا بل هناك تشجيعاً من هذه القوانين على إباحة هذه الأنشطة لأنها ترمي إلى هدف سامي ونبييل ومشروع في نفس الوقت، بالرغم من أنها قد تفضي إلى أحداث إيذاء في جسم المريض، إلا أن هذه القوانين رغم اتفاقها على مشروعية هذه الأنشطة هناك خلاف حول الكشف عن أساس إباحتها وكان وفقاً لا تجاهين، قانوني تقليدي والآخر حديث كل منهما طرح نظريات عديدة لتحديد الأساس القانوني لإباحة ممارسة الأنشطة الطبية^(١). نعرضها وفقاً لما يأتي:

أ. الأساس القانوني التقليدي

عرض فقهاء القانون الجنائي التقليديون نظريات الضرورة وانتفاء القصد الجنائي وكذلك نظرية رضا المريض بالعلاج.

١. نظرية الضرورة.

رأى جانب من الفقه أن جملة الأعمال المعاقب عليها تقرر لكونها محظورة بحكم القانون، لكن إذا كان القيام بهذا العمل ضرورياً بحيث لا يمكن تجنبه باللجوء إلى وسائل أخرى فإنها تفقده صفة أن يكون محظوراً وتجعله مباحاً للضرورة. فإذا أفضى عمل الطبيب إلى فقدان أحد أعضاء جسم المريض فإنه لا يعد مرتكباً لفعل جرمي ذلك لأن فقد الجزء الفضل من الموت^(٢). وهذا وإن التداخل الجراحي في الحالات العاجلة يعد حالة ملحقة بسبب الإباحة المتعلقة باستعمال الحق حتى وإن كان بدون رضا المريض أو ممثله الشرعي^(٣). وبالتالي تخرج عن كونها ضرورة^(٤). واعتبرت الضرورة من المآخذ عليها^(٥). عليه إذا قمنا بتطبيق فحوى هذه النظرية على فعل تغيير

(١) د. ضاري خليل محمود - في الأساس القانوني لإباحة النشاط الطبي - مجلة العدالة - العدد ٤ - السنة الرابعة ١٩٧٨ ص ٥٦٧.

(٢) توفيق عبد الله الدغمي - الأخطاء الطبية ومسؤولية الطبيب - دراسة فقهية قضائية مقارنة مع التركيز على النواحي الجزائية - دار الشريعة والنشر والتوزيع - ٢٠٠٣ ص ٥٣.

(٣) انظر المادة ١/٢ من قانون العقوبات العراقي.

(٤) تنص المادة ٢٣ من قانون العقوبات العراقي على حالة الضرورة بقولها "لا يسأل جزائياً من ارتكب جريمة الجنحة لئلا ضرورة وقاية نفسه أو غيره أو ماله أو مال غيره من خطر جسم محقق لم يتسبب هو فيه عمداً ولم يكن في قدرته منعه بوسيلة أخرى (بشرط أن يكون الفعل المكون للجريمة متناسباً والخطر المراد انتفائه ولا يعتبر في حالة ضرورة من أوجب القانون عليه مواجهة ذلك الخطر)".

(٥) تعد للضرورة مآخذ من موانع المسؤولية وهناك جملة من المآخذ لانتهائها هذه النظرية راجع في ذلك د. ضاري خليل محمود - في الأساس القانوني لإباحة النشاط الطبي - المرجع السابق - ص ٥٧١.

جنس الانسان على سبيل الافتراض إذا حصلت على هذا الاساس والمتضمن ان الفعل الذي يقوم به الجراح ضروريا للمغير لجنسه، بحيث لا يمكن له ان يستخدم وسائل اخرى للعلاج غيره، لكي نقر كما أقروا ان ما يقوم به الجراح كان للضرورة ولا سبيل له سوى ذلك، نقول ان ذلك يتنافى ومقتضيات الحقوق واهداف مهنة الطب ايضا إذ انها تهدف الى مبادئ سامية ونبيلة ومشروعة كما استلفت. فأين هذه الاهداف من نتائج هذه العملية الذي يعد كائناً مسخاً فاقداً ليس لأعضائه الجنسية فحسب، وانما لسنوره في بناء المجتمع كذلك والذي يشكل جزءاً منه. واين مصلحة المريض والمجتمع من ذلك النشاط، لهذه الاسباب ولكون التداخل الجراحي لا يعد من الوسائل العلاجية لهذه الحالات فان القول بان ما قام به الجراح كان للضرورة مردود عليه.

٢. نظرية انتفاء القصد.

يرى أصحاب هذا الرأي ان القائم بالنشاط الطبي لا يقصد من وراء عمله هذا مجرد الإيذاء انما يروم من ورائه شفاء المريض وتخليصه من آلامه ومن هذا المرض، عليه ينتهي هذا الرأي الى ان العلة في اباحة النشاط الطبي تكون لانتهاء القصد الجنائي لدى القائم بالنشاط^(١). يلحظ ان هذه النظرية تخلط بين مفهوم القصد والباعث. وتؤدي الى نتائج غير منطقية منها اباحة النشاط الطبي للطبيب وبغيره ممن هو غير موهل لهذه المهنة^(٢).

اما بخصوص الحالة موضوعة البحث فلا مجال حسب تقديري من القول في ان الطبيب عندما يجيب طالب التغيير على طلبه انه يقصد من وراء ذلك شفاء هذا الشخص وانقاذه، وعلى اثره يكسبون القصد الجنائي غير متوافر في فعله مما ينفي وجود الجريمة لانعدام ركنها المعنوي، عليه يمكن القول ان فعل الطبيب قد تم عن علم وارادة لديه فيما سيكون حال الشخص محل التغيير بعد إجراء التداخل الجراحي له فبذلك يتوافر بفعله هذا القصد الجنائي مما تتعقد معه مسؤوليته، حيث وجه الطبيب ابتداءً ارادته الى ارتكاب الفعل المكون للجريمة بالوقت الذي يهدف من وراء فعله الى النتيجة التي تمخضت عن هذا الفعل^(٣). عليه فلا مجال لقبول قول الطبيب من ان فعله هذا كان لشفاء مريضه ولا محل للاسباب المتقدمة من تطبيق فحوى هذه النظرية على فعل تغيير جنس الانسان لان القول بعكس ذلك يؤدي الى نتائج خطيرة على المجتمع من ناحية ويشجع الاطباء على غزو الجسم البشري وجعله محلاً لجراحات لا اخلاقية من ناحية اخرى.

(١) د. ضاري خليل محمود- في الاساس القانوني لباحة النشاط الطبي- المرجع السابق - ص ٥٧١ .

(٢) تغريد عبد الله الدغمي- المرجع السابق - ص ٥٦ .

(٣) عرفت المادة ١/٣٣ من قانون العقوبات العراقي القصد الجرمي بانه (توجيه الفاعل لرادته الى ارتكاب الفعل المكون للجريمة هادفاً الى نتيجة الجريمة التي وقعت لولية نتيجة جرمية اخرى) كذلك الحال في قانون العقوبات الاردني المادة ٦٣ منه .

٣. نظرية رضا المريض.

ذهب هذا الرأي إلى أن أساس إباحة نشاط الطبيب هو رضا المريض بالعلاج. وهو ما يجعل هذا النشاط مشروعاً، لأن الطبيب يكون ممثلاً عن المريض، أي أن الطبيب ليست له إرادة في العلاج فهو دائماً ينفذ رغبة المريض بالعلاج أو الجراحة، وفي حالة غياب هذه الإرادة لا يحق له أن يجري أي عمل طبي، مما يعني وفقاً لهذا الرأي أن الرضا الصادر عن المريض يعد نزولاً منه عن الحصانة التي يقرها القانون لجسمه فتنتفي بذلك عن العمل الطبي صفه الاعتداء وبالتالي يعد مباحاً^(١).

هذا وإن التداخل الطبي أو الجراحي في الحالات العاجلة يمكن أن يجريها الطبيب ولو كانت بغير رضا المريض أو ممثله الشرعي في الحالة التي يكون فيها المريض مريضاً للهلاك، إن لم يجبر له اللزوم وذلك بعلاجه وفق الأصول الطبية المعمول بها^(٢).

أما في حالة تغيير جنس الإنسان يمكننا القول، بأن القوانين أوجبت ضرورة تبصير المريض بمخاطر للتدخل الجراحي ومن قبل الطبيب مجري العملية، وقبل ذلك يكون قد استحصل على رضاه شريطة أن يكون هذا المريض مميزاً فإن لم يكتمل ذلك فإن الطبيب يسأل عن نتائج فعله حتى وإن لم يترتب عليه ضرر^(٣). فما بالنا والضرر الفاجم عن هذه العملية ومن الانتفاص الحاصل بأعضاء الشخص والمتمثل باستئصال أعضائه الجنسية. في الوقت الذي يستقر فيه الفقه الجنائي الحديث على عدم التعويل على الرضا من جهة ولم يعط الحق في المساس بسلامة أعضاء الجسم من جهة أخرى، أما ما استثنى من وجوب أخذ رضا المريض فإنها لا تنطبق والحالة موضوعة البحث.

ب. الأساس القانوني الحديث

طرح معظم الفقه الجنائي الحديث نظريتين كسند قانوني لإباحة النشاط الطبي هما الترخيص القانوني وأداء الواجب لذا سأتناولها بالبحث وفقاً لما يأتي:

(١) د. ضاري خليل محمود - في الأساس القانوني لإباحة النشاط الطبي - المرجع السابق - ص ٥٧٦ وكذلك انظر موفق عيسى عبيد - المسؤولية الجزائية للأطباء عن إفساء السر المهني - ط ١ - دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان ١٩٩٨ - ص ٤٠.

(٢) انظر المواد ١/٤٢ من قانون العقوبات العراقي وبمقابلها المادة ٢/١٨٦ من قانون العقوبات اللبناني والمادة ٢٩ من قانون العقوبات الجزائري والمادة ٤٤ من قانون العقوبات السوداني والمادة ٣٠ من قانون العقوبات الكويتي.

(٣) Christoffel. Health and the Law. New york - 1982 - p. 299

١. نظرية الترخيص القانوني

يذهب اصحاب هذا الرأي في اغلب الانظمة القانونية المعاصرة الى ان النشاط الطبي الذي يباشره الطبيب على جسم مريضه يستند الى الترخيص القانوني الممنوح للأطباء في ممارسة الاعمال الطبية. والتي يهدف من وراءها الطبيب المعالج شفاء مريضه ، ويعد اننا للطبيب يقرره القانون يباح بموجبه للطبيب ان يأتي من الاعمال ما من شأنه تحقيق شفاء المريض على اعتبار انه يستعمل حقاً من الحقوق المقررة قانوناً^(١). وان قانون العقوبات العراقي استند إلى فكرة استعمال الحق كسند لإباحة النشاط الطبي بهذه صورة من صور استعمال الحق (المادة ٤١/٢ منه) في حين ان قانون العقوبات الاردني نص على ان الافعال التي يجيزها القانون لا تعد جريمة ومنها العمليات الجراحية والعلاجات الطبية المنطبقة على اصول الفن متجنباً بذلك ما قد يثيره مصطلح الحق بعده من مصطلحات القانون المدني الذي يوحى بوجود علاقة بين دائن بالحق وملزم بإدائه^(٢). فإذا كان الهدف هو شفاء المريض طبقاً لمفهوم هذه النظرية نتساءل عن الهدف من اجراء عملية تغيير جنس الانسان أم هو الشفاء؟ أم أنه عدم تمكين الشخص من القيام بدوره تلبية لاي واجب اجتماعي يوكل اليه. هذا من جانب نقاج هذه العملية، اما الجانب الاخر فان هذا الترخيص يمتح للأطباء بناء على الفائدة العظيمة التي يقدمونها لمرضاهم وللمجتمع معاً والمتمثلة في ان تظل اجسام مرضاهم بكامل الاعضاء تسير سيراً طبيعياً. وهو في ذات الوقت ما يتطلبه المجتمع من سلامة لأفراده ليتمكن كلا منهم من القيام بواجباته.

٢. نظرية اداء الواجب.

هناك ظروف استثنائية تكون معها نظرية الترخيص القانوني عاجزة عن تفسير السند القانوني لإباحة النشاط الطبي ومنها الظروف التي تواجهها الدولة اثناء الوباء او الامراض السارية فقيام الأطباء باعمال الوقاية لا يكون لزاماً عليهم استحصال رضا الاف الاشخاص المعرضين لهذه الاخطار تمهيداً للقيام بالانشطة الطبية الخاصة بالوقاية انما تكون انشطتهم في هذه الحالة من قبيل فكرة اداء الواجب^(٣).

ويذكر ان التطور الذي اصاب المفاهيم القانونية والسياسية والاجتماعية جعل من فكرة الترخيص القانوني عاجزة عن تفسير جميع صور النشاط الطبي ولاسيما الحديث منها والتي تفرض احياناً كواجب على من يمارس هذا النشاط، ذلك لان اباحة هذه الانشطة جاء تلبية لحاجات

(١) نوري عبد الله الدغمي - المرجع السابق - ص ٥٩ .

(٢) د. ضاري خليل محمود - في الاساس القانوني لإباحة النشاط الطبي - المرجع السابق - ص ٥٨٠ .

(٣) نوري عبد الله الدغمي - المرجع السابق - ص ٦٠ .

اجتماعية وليس فردية الهدف منها بناء مجتمع سليم. وهذا هو ما يمثل علة الاباحة بالوقت الذي يفرض على الطبيب او من في حكمه في ظل ظروف معينة قد تمر بها الدولة واجب اجتماعي يجب عليه ان يؤديه وليس الامر مجرد اجازة قانونية يجوز له ان يمارسها او يعتذر عن ممارستها^(١). عليه فان النظريتين هذه تمثلان للسند القانوني لباحة النشاط الطبي فعندما تكون الاولى عاجزة عن تفسير سند الاباحة فان ثلثية الحاجات الاجتماعية يكون واجبا على جميع افراد المجتمع ومنهم الاطباء اذ يلقي هذا الواجب على الجميع من اجل بناءه وهو يعد من المبادئ الاخلاقية القوية التي يتمتع بها الافراد في المجتمعات المحافظة. وهذا ما لا ينطبق وفعل تغيير جس الانسان.

ثانياً: شروط اباحة النشاط الطبي

ونتمثل بالترخيص القانوني بمزاولة المهنة ورضا المريض بالعلاج وتدخل الطبيب بقصد العلاج واتباعه اصول الفن الطبي على النشاط الذي يقوم به عليه سأتناولها تباعاً.

أ. الترخيص القانوني او اجازة ممارسة مهنة الطب.

اساس انتفاء مسؤولية الطبيب والجراح عن اعمالهم الفنية كلا ضمن اختصاصه هو بسبب الترخيص (L'autorisation de la loi) الذي يقرره القانون لاجراء التداخلات الجراحية الضرورية للعلاج بمقتضى الاصول الفنية^(٢). ان الترخيص القانوني الذي تم تنظيمه بالشروط التي خصصت له كان لحماية القائم بالعمل الطبي ولحماية افراد المجتمع في ان واحد ، ذلك ان عمل الطبيب يبقى مشروعاً لانه لا يتضمن اعتداء على جسم الانسان بقدر ما هو لصالح المريض^(٣). فان ممارسة الاعمال الطبية والجراحية تقتصر على من هو مرخص له بذلك، فلا يباح العمل الطبي على جسم المريض الا اذا كان من اجراء مرخصاً له بذلك وطبقاً لشروط معينة وفق القواعد والاوزاع التي تنظمها القوانين المختصة. وهذه الاجازة هي اساس الترخيص التي تتطلبها القوانين الخاصة بهذه المهنة، والحصول عليها يكون قبل ممارستها فعلياً. ومن يخالف هذه القوانين يكون مسؤولاً طبقاً للقواعد العامة ولا يؤثر في هذه المسؤولية ان يكون التدخل الطبي جاء لمصلحة المريض او بناء على طلبه أو كان القصد منه العلاج^(٤). هذا وقد اشترط القانون ان

(١) د. ضاري خليل محمود - في الاساس القانوني لباحة النشاط الطبي - المرجع السابق - ص ٥٨٢ .

(٢) د. حميد السعدي - شرح قانون العقوبات الجديد - ج ٣ - جرائم الاعتداء على الاشخاص - دراسة تحليلية مقارنة - مطبعة المعارف - بغداد ١٩٧٦ - ص ٢٩٨ .

(٣) د. حسن عودة زغال - المرجع السابق - ص ٣٠ .

(٤) شعبان ابو عجيله عصاره - المرجع السابق ص ٢٧ - اضافة الى ان هناك عقوبات انضباطية وظيفية ، حيث تم تحويل وزير الصحة بمعاينة نوي المهن الطبية بالفصل والمنع من مزاولة المهنة طيلة فترة الفصل التي لا تزيد عن خمس سنوات والاحالة على التقاعد ودرجة انفى او تنزيلة درجة وظيفية ، منشورة في الوقائع العراقية العدد ٢٢٠٩ قرار ٦٢٠ في ١٩٨٨/٦/٢٣ .

يكون المتقدم حائزاً على شهادة من كلية الطب او ما يعادلها، والشهادة هي البكالوريوس في الطب والجراحة من احدى الكليات الطبية العراقية وايضا الانتماء الى نقابة الاطباء كشرط للحصول على شهادة التسجيل واجازة ممارسة المهنة وفق احكام القانون، عليه فان أي خريج من أي كلية طب لا يحق له ممارسة أي عمل طبي الا بعد الحصول على الترخيص من قبل نقابة الاطباء والاخيرة لا تقبل المتقدم للانتماء ما لم يكن خريجاً من احدى الكليات الطبية المعترف بها وفق الاصول القانونية^(١). وفي القانون الاردني كذلك لا يجوز لأي شخص ان يتعاطى أية مهنة صحية او طبية او اية حرفة مرتبطة بهما ما لم يحصل على ترخيص بذلك من الوزير وفقاً للقوانين والانظمة المرعية^(٢).

ب. رضا المريض بالعلاج

فيما عدا اعمال التطبيب والجراحة المشروعة لا يعتد برضا المجني عليه، وهي قاعدة تسري على جرائم الاعتداء على الجسم فلا يتمتع من قيامها رضا المجني عليه بالفعل وكذلك اعمال التطبيب والجراحة غير المشروعة لا تكون مشروعة ان رضي المجني عليه بها^(٣).

فلا يجوز اجراء عملية جراحية، الا بموافقة المريض نفسه اذا كان واعياً او احد اقاربه المرافقين له اذا كان فاقد للوعي او قاصراً. ويستثنى من ذلك حالة تعرض حياة المريض الى الموت او خطر حال عند تأخر اجرائها، فيجوز عندئذ اجراء العملية الجراحية انقذاً لحياة المريض دون تحقق الموافقة المذكورة^(٤).

والرضا هو قبول صريح يصدر من المريض لغاية اجراء الجراحة من قبل الطبيب او اعطاء الاخير انواء لمريضه لاغراض علاجه. والرضا يجب ان يكون صريحاً، شفهياً كان او كتابياً ورضاً ضمناً ويتحقق الاخير بمجرد لجوء المريض الى الطبيب لاجراء معالجته، وهذا يتطلب ان يكون المريض اهلاً لاعطاء مثل هذه الموافقة فاذا لم يكن ممن تتوافر لديه الاهلية - اهلية الرضا والقبول - يؤخذ الرضا ممن يقوم مقامه^(٥). وعلى الطبيب فضلاً عن ذلك ان لا يستجيب لبعض طلبات المريض بالرغم من توافر رضائه على هذه الطلبات، كما في الجراحات

(١) انظر المادة الثالثة من قانون الاطباء العراقي رقم ٨١ لسنة ١٩٨١.

(٢) المحاميان جمال عبد الغني ومحمد محمود - موسوعة التشريع الاردني - ط١ - الجزء ١٦ - دار البشير للنشر والتوزيع / ١٩٨٨ ص ١٣.

(٣) د. محمود محمود مصطفى - مسؤولية الاطباء والجراحين الجنائية - دار الاسراء للنشر والتوزيع - طبعة ١٩٩٨ ص ١٠.

(٤) انظر المادة ٩١/٤/ب من قانون الصحة العامة العراقي - المشار اليه.

(٥) د. حميد السعدي - جرائم الاعتداء على الأشخاص - ج ٣ - المرجع السابق - ص ٢٧٥.

غير المصرح بها. إذ إن رضا المريض ليس هو الأساس الحقيقي لتبرير عدم المسؤولية الجنائية للطبيب أو الجراح وإن رضا المجني عليه هنا ليس مبررا للمساس بحرمة الجسد^(١).

هذا وكما يتبين أن لكل شخص حقوق مقدسة على جميع أعضاء جسمه لا يجوز المساس بها، وكل اعتداء عليها يمثل مساسا بالحقوق في السلامة الجسدية، عليه فإن رضا المريض بالعلاج هو شرط لإباحة عمل الطبيب وعلى الطبيب وجوب استحصله من المريض أو ممن يقوم مقامه قبل أي تدخل طبي ويستثنى من ذلك الحالات العاجلة التي يتعرض لها المريض للهلاك، ولا يسوغ ذلك للطبيب إجراء عملية تغيير جنس الإنسان بداعي توافر رضا المريض لعدم الاعتداد به قانونا، ولكونها أيضا جراحة غير مشروعة.

أج. تدخل الطبيب بقصد العلاج

يجب أن يكون قصد الطبيب وهو يمارس مهنته العلاجية أو الجراحية العلاج. وإن هناك إجماع على أن الأعمال التي يقوم بها الطبيب أو الجراح لا تكون مشروعة إلا إذا كان القصد من وراءها علاج مريضه من علة. وخلافا لذلك تقوم مسؤولية الطبيب العمدية حتى وإن كان عمله بناء على رضا المريض والحاحه^(٢).

ذلك أن حق الأطباء وهم يمارسون أعمالهم الطبية وفق الشروط التي أقرها القانون يعد سندا لإباحة نشاطهم الطبي الذي بمقتضاه نفي المشرع الصفة غير المشروعة عنه. عليه فإن الصفة غير المشروعة تنفي عن هذه الأعمال متى توافرت فيها شروط استعمال حق التطبيب والتدخل الطبي بقصد العلاج والذي يعد من ضمن شروط إباحة النشاط الطبي والجراحة^(٣).

د. اتباع اصول الفن.
على الطبيب أن يتقيد باصول مهنته وقواعدها التي يقضي بها علم الطب واصول الخبرة الفنية. مما يعني أن على الطبيب أن يطبق العلم كما يطبقه غيره من الأطباء وله في ذلك قدر من الاستقلال، ذلك أن الطب علم غير مكتمل سيما وأن هناك نظريات علمية لازالت محل خلاف وتطور مستمر. فإذا وجدت آراء لم يستقر الأطباء بشأنها وهناك اختلاف بينهم فإن مسلك الطبيب يكون في منأى من المسؤولية، إذا ما اختار علاجاً لا يتفق والحالة المرضية المعروضة.

١. د. حسن عبدالمومن بدران - العقد والجزاء الجنائي - دراسة مقارنة - الناشر دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٣ -

(٢) د. محمود محمود مصطفى - المرجع السابق - ص ١١.

(٣) د. أحمد محمود سعد - تغيير الجنس بين الحظر والإباحة - المرجع السابق - ص ٨٠.

اما اذا كان خروجه عن اصول الفن مريدا من ورائه الاخلال بصحة المريض فانه يسأل بوصف العمء، اما اذا كان على سبيل الخطأ غداً مسؤولاً بوصف الخطأ، فما عليه الا ان يبذل جهوداً صادقة ومتفقة مع ظروف المريض والاصول العلمية الثابتة^(١).

والاصول الطبية او اصول الفن هي تلك المبادئ والقواعد المتعارف عليها من الناحية النظرية والعلمية من قبل الاطباء والتي يجب عليهم جميعاً الالتزام بها حال مباشرتهم لعمالهم ونشاطاتهم الطبية، مما يعني انها الاصول الفنية الثابتة التي يعترف بها ممن ينتسب الى هذه الطائفة. ويعمل بهذا العلم والتي تحتم عليه ان يبذل غاية ما لديه من جهود كافية ومتفقة مع هذه الاصول وصولاً الى معالجة المريض. وان يبذل كذلك العناية اللازمة وان تكون جهوده صادقة وان يتمتع باليقظة ازاء ظروف المريض وازاء ادائه لعمله^(٢). اذ يكمن اساس عدم مسؤولية الطبيب الجنائية في مباشرته العمل الطبي عندما يكون بعمله هذا منفذاً لالتزامه بعلاج مريضه وفقاً للاصول الفنية والمتعارف عليها^(٣).

فبعد ان استعرضنا في هذا الفرع مشروعية اعمال الجراحة والعلاج نبين انه لا مجال لادراج موضوع تغيير جنس الانسان تحت أي عنوان او ما مسمى من المسميات مارة الفكر، بغية القول ان على اساس ذلك يمكن التصريح بمشروعية هذه الجراحة المسخ والتي تعد اعتداءً صارخاً على الحق في السلامة الجسدية، إذ انها لا تعطي الحق لصاحبها ان يحتج بان له الحق في التصرف باعضائه ولا تسوغ له الاحتجاج بذلك حتى في ظل المفاهيم الجديدة للجنس وعد ذلك نوع من انواع الحريات ومظهر من مظاهر حريته الشخصية ومباشرته على اعضاء جسده، لا بل انها تشكل اهداراً لحق الفرد والمجتمع معا في ان يؤدي المغير لجنسه دوره الاجتماعي بالشكل الذي يتناسب ومقتضيات المصلحة العامة.

بقي ان نشير الى انه حتى في القوانين التي عالجت الموضوع وبالتالي يعد فعل التغيير فعلاً مشروعاً فيها، فان ذلك فيه مخالفة صريحة لشروط اباحة النشاط الطبي لاسباب عديدة منها، ان الطبيب بفعله هذا لم يتبع اصول الفن والقواعد الثابتة في مهنة الطب، إذ ان طرق العلاج النفسي هي المعمول عليها في هذه الحالات وليس للتداخل الجراحي. ولا وجود لقصد العلاج في هذه العملية فكيف يكون تدخله هذا مشروعاً اذا لم يتوافر فيه قصد العلاج الذي ينفي الصفة غير المشروعة عن فعله. وحتى شرط الرضا لا يعتد به لكون الجراحة غير مشروعة، ناهيك عما

(١) د. كامل المسعد - شرح الاحكام العامة في قانون العقوبات - في الجريمة والمساهمة والمسؤولية والجزاء الجنائي -

دراسة مقارنة - جنون دار نشر - ١٩٩٨ - ص ١٩٨.

(٢) تغريد عبد الله الدعسي - المراجع السابق - ص ٩٩.

(٣) حسن عبدالمؤمن بدرلي - المراجع السابق - ص ٢٨٥.

تؤدي اليه هذه الجراحة من هبوط في المستوى الصحي لأعضاء الجسم وفق سيرها الطبيعي لوظائفها جميعاً والتي تحددها قوانين الطبيعة بعيداً عن المهانة فاي مهانة يضع نفسه فيها الشخص محل التغيير، هذا من جهة ومن جهة أخرى فقد أوردنا هذا الموضوع في هذا المكان بغية تنفيذ الآراء التي ذهب اليها الفقهاء وأحكام القضاء اللذين اقرا مشروعية فعل التغيير كلا بحسب منظوره بالرغم من عدم تطبيق هذه القوانين لعمليات تغيير الجنس فقد قضيا بمشروعية هذا الفعل، والمشروعية هذه اقرت بالرغم من غياب النص التشريعي فيها حسب رأيهم وذلك باسنادها للقواعد العامة في اباحة النشاط خصوصاً الضرورة العلاجية وقصد العلاج، وأيضاً لأغراض اتساق البحث عليه اقتضى التنويه عن ذلك.

الفرع الثاني

مشروعية فعل التغيير بالمنظور الفقهي

وبمثل هذا الاتجاه كلا من الفقه الإنكلوسكسوني وجانب من الفقه الفرنسي يستند الأول في تقرير هذه المشروعية الى المادة (٤٥) من قانون العقوبات للكندي والتي بدورها تعفي من اية مسؤولية جنائية أي شخص وان لم يحصل على ترخيص بمزاولة مهنة الطب في حالة مباشرة لاية عملية جراحية من أجل مصلحة آخر، شريطة توافر شرطين الأول ان تجرى بعناية ومهارة، والثاني ان يوجد هناك ما يدعو الى الاعتقاد بوجود الضرورة العلاجية في اللحظة التي يتم فيها إجراء التداخل الجراحي^(١). وسأوى هذا الاتجاه بين الناحية الفسيولوجية وقصد العلاج بقولهم في ان الصحة البدنية والنفسية وجهان لعملة واحدة . اما الفقه الفرنسي بجانبه الذي ذهب الى تقرير مشروعية هذه العمليات قد استند الى انه لا يجوز التذرع بعدم وجود نصوص قانونية تنظم مثل هذه الجراحات من ناحية انها حجة فهي غير مقبولة وسلبية ولا يشكل عدم وجود نصوص عقبة من اجل تقرير هذه الافعال. والقول بانها مشروعة كان من حيث عدم جواز الاستناد الى مبدأ حرمة المطلقة لجسم الانسان، على اساس ان الواقع العلمي كذب هذا المبدأ. حتى ان الفقهاء قالوا بان هذا المبدأ قد نزل من برجه العاجي واصبح جسم الانسان محلاً للمعاملات القانونية. كما انه لا يجوز الارتكان الى الافكار المتعلقة بالنظام العلم او الاداب الحسنة حيث انها نسبية ومتطورة^(٢). ونعتقد بخصوص الآراء السالفة الذكر ان ما ذهب اليه الفقه في جانب ان الصحة البدنية والنفسية وجهان لعملة واحدة. لا يمكن الارتكان اليه اذ ان الحالات او الطل المرضية ان صحت التعبير والتي يتعرض لها الانسان في بدنه او صحته البدنية تختلف عن مثيلاتها النفسية، لانه من غير المعقول

(١) د. الشهابي إبراهيم الشرفاوي - المرجع السابق - ص ٢٣٦ ومشار اليه في د. احمد محمود سعد-تغيير الجنس بين الحظر والاباحة- المرجع السابق - ص ٤٩٠.

(٢) د. عمر فاروق للفعل - المرجع السابق - ص ٨٧٤.

العلاج النفسي يكون بالتدخل الجراحي - المقصود هنا العلاج النفسي للحالات المرضية النفسية - ثم ان هناك اطباء نفسيين لهم اساليبهم العلاجية وفق اصول الفن الطبي بمجالهم العلمي هذا وبدون الحاجة الى التدخل الجراحي ، اما الامراض والحالات المرضية التي يتعرض لها الانسان في صحته البدنية لها اساليبها العلاجية المختلفة أيضاً، لكن يتصور معها اجراء التدخل الجراحي والعمليات الطبية بمختلف انواعها وحسب ما يقرره الاطباء وفقاً للحالة المرضية المعروضة امامهم. فلو افترضنا مثالا توضيحيا بوجود شخصين احدهما يعاني من مرض الخنوثة او ان لديه خلل في الهرمونات ويعاني من اضطراب في الهوية الجنسية وتشخيص حالته كان Transsexualism. والثاني يرغب في تغيير جنسه لمجرد الرغبة في التغيير تحت أي ذريعة او حجة ووافقه الطبيب على طلبه لدافع ما في نفسه او ارضاء لشهوة علمية. واجريت الجراحة للثنتين باحتمال اول اما الاحتمال الثاني هو ان يتم معالجة الاثنتين نفسياً . فابن ستصبح مقولة الصحة البدنية والصحة النفسية وجيان لعملة واحدة ؟ في الاحتمال الاول سيكون هناك ضرورة علاجية وطبية لاجراء التدخل الجراحي لحالة مريض Transsexualism مع توافر قصد العلاج طبعاً . اما التدخل الجراحي للمريض الثاني - على افتراض انه مريض فلا يكون له دواع طبية وانما تكفي وهذه الحالة العلاج النفسي اما احتمالنا الآخر الخاص بالمعالجة النفسية للثنتين معاً، فانها ستكون مجدية لمن اراد التغيير الارادي وهو من لم تتوافر في حالته الدواعي الطبية الجراحية. وانها ليست كذلك ان تمت لحالة الاضطراب في الهوية الجنسية، من هذا الجانب وحيث ان العلاج النفسي غير مجدي كما يقول الاطباء في هذه الحالة وانما يجري له عملية جراحية يجري خلالها الجراح تعديلاً جسدياً او اظهاراً للجنس الغالب ان كان يعاني من الخنوثة مثلاً. فمن جانب هذه الافتراضات فان ذلك القول - محل الانتقاد - مردود ولا يمكن ان تكون الصحة النفسية والصحة البدنية وجيان لعملة واحدة.

اما الجانب الآخر للانتقاد فمن حيث انه لا يجوز الاستناد الى مبدأ الحرمة المطلقة لجسم الانسان على اساس ان الواقع العلمي كذب هذا المبدأ. أي انه مع هذه الحرمة وعدم وجود نصوص قانونية لا يجوز القول بان الفعل غير مشروع. فضلاً عن القول بانه لا يجوز الارتكان الى الافكار المتعلقة بالنظام العام والآداب الحسنة وأصبح الانسان محلاً للمعاملات القانونية.

يمكن القول ان للجسم حرمة وهذه الحرمة والحق في السلامة الجسدية هي من اهم الحقوق التي يتمتع بها الفرد والمجتمع على حد سواء، اذ لا يمكن للمجتمع ان يحتفظ بوجوده كمجتمع ذو تقدم ورقي الا اذا كان هذا الحق محاطاً بحماية قانونية كاملة^(١).

عليه وباختصار كيف والحال هذه لا يجوز الاستناد الى الحرمة الجسدية وفي فرنسا بالذات أي عمل جراحي لذا لم يتوافر له ضرورة علاجية فإنه يتجرد عن المشروعية حتى وإن كان بناء على رضا صاحب المصلحة في ذلك^(١). فإن كان الحال كذلك فإن الجراحة التي تتم بدون دواعٍ طبية وتتم لمجرد الرغبة ألّم يجعل ذلك ان لنا الحق بالاستناد لهذه الحرمة والقول بعدم المشروعية لهذا الفعل.

الفرع الثالث

مشروعية فعل التغيير بالمنظور القضائي

ويمثل هذا الاتجاه كلا من القضاء الفرنسي والقضاء البلجيكي والقضاء الإيطالي ففي فرنسا اعتمد القضاء الفرنسي على أكثر من معيار لتبرير إباحة فعل تغيير جنس الإنسان، في بادئ الأمر اعتمد التطور العارض أو المفاجئ وتم الاعتداد بهذا التطور وصولاً الى القول بمشروعية هذه الجراحات. وبعد ذلك اتخذ من الجانب النفسي مبرراً لإباحتها، ثم كان تسبيب الاعتراف صراحة بهذه الجراحات ينصرف الى حرية الفرد في تغيير جنسه طبقاً لقناعته على أساس ان دور القضاء يقتصر في هذه الحالات على احترام حرية واختيار المغير لجنسه. ومن هذه الأحكام التي اعتمدت على التطور العارض أو المفاجئ والذي يعني التسليم بأن للشخص جنسان متتاليان على أساس انه يمر في حالة تطور جنسي يحصل له في المستقبل فتكون أمام حالة تغيير جنس جائزة، لكي يتم التوافق لهذا الشخص مع جنسه الظاهر. وقد قضت محكمة تولوز في حكمها^(٢). الخاص بفتاة، بخاصية التذكير التي تسري بداخلها وزاد شعورها هذا اثر حادث عارض تعرضت له مصيبتاً ايها بالجمجمة، فاشار القاضي في الحكم الى الأمر بتعديل جنسها القانوني من أنثى الى ذكر واسمها الشخصي أيضاً مسبباً الحكم ان الشخص الذي عانى في تطوره الجنسي سواء بفعل الطبيعة أو بفعل خارجي تحولاً على نحو لا يمكن تحمله دون معاناة خطيرة، فإن حالته الاجتماعية يجب ان تتوافق للجنس الظاهر، ويكون له الحق في هذه الحالة ان يحصل على تعديل لحالته المدنية. هذا وقد لاحظت المحكمة الاتجاه النفسي للفتاة والمائل نحو الذكورة بعد ان انخرطت فيها بالرغم من مظهرها الانثوي، عليه صدر القرار^(٣).

وفي حكم آخر صدر من المحكمة الفرنسية في سانت لئين، والخاص بفتاة تولد ١٩٤١. والتي شعرت بانتمائها الى الجنس الآخر المعاكس لجنسها بعد ان سلكت مسلكه مثلية به، واجريت لها العملية الجراحية في الولايات المتحدة الأمريكية، تمخض عنها صيرورة ان الفتاة أصبحت شاباً

(١) انظر المادة ٢٢ من قانون اداب مهنة الطب الفرنسي.

(٢) صادر في ١٠ / فبراير / ١٩٧٧.

(٣) د. علي حسين نجيدة - المراجع السابق - ص ٦٥.

تزوج بعدها زواجاً مدنياً من فتاة ناك بعدها لشكله الديني في المملكة المغربية. هذا وقد عرض الأمر على الخبراء الذين أكدوا عملية تغيير الجنس الحاصلة فقررت المحكمة اجابة طلبها بتغيير اسمها ونوع جنسها في اوراقها الرسمية^(١). يلحظ ان الحكم المذكور اعتمد على الجانب النفسي لتبرير فعل تغيير جنس الانسان وذلك بمناسبة القول انها (شعرت بانتمائها إلى الجنس الآخر) وكذلك الامر بالنسبة للحكم السابق الخاص بمحكمة تولوز عندما تطرق الى ان الاصابة التي تعرضت لها الجمجمة والتي ادت الى ازدياد الشعور لديها بالذكورة، اذن فهي سابقة لطالما وصفت بالازدياد الشعوري لديها مما يؤكد ان الجانب النفسي قد اعتمد في قرار المحكمة.

ولكن للقضاء الفرنسي موقفاً تمثل في قرار حديث اعترف صراحة بهذه الجراحات مسن خلاله ففي ١٩٩٢/١٢/١١ اصدرت محكمة النقض الفرنسية قرار بدوائرها مجمعة، قبلت فيه دعوى تغيير الجنس وسببت حكماً بالتركيز على حرية الفرد في تغيير جنسه طبقاً لقناعته من جهة ومن الجهة الأخرى تضمن القرار ان دور القضاء يقتصر في هذه الحالة على احترام اختيار الفرد وحرية^(٢). وقد اشار الى ذلك قرار محكمة الاستئناف التونسية المذكور أنفاً^(٣). يلحظ من ذلك ان القضاء الفرنسي اعتمد على المعيار النفسي لتبرير فعل تغيير جنس الانسان في حين كان على المحاكم الفرنسية الاعتماد على المعايير الأخرى لأنها أكثر دقة خصوصاً المعيار البايولوجي ثم ان هناك موقفاً سابقاً للمحاكم اكدت خلاله ان الانتماء الى جنس معين لا يكون من خلال الشعور النفسي وهذا من المآخذ على تلك المحاكم.

اما فيما يخص القضاء البلجيكي، ففي قضية عرضت على محكمة جنح بروكسل تستلخص وقائعها في ان مجموعة من الاطباء قاموا باجراء تدخل جراحي لشخص بغية تغيير جنسه، الا ان العملية الجراحية هذه تمخض عنها وفاة هذا الشخص، فوجهت تهمة القتل الخطأ إلى الاطباء من قبل النيابة العامة مع التسبب وهو مباشرة الاطباء عملية جراحية ليس لها ما يبررها من الناحية الطبية. ونتيجة المحاكمة اصدرت محكمة جنح بروكسل بتاريخ ١٩٦٩/٩/٢٧ قرار يقضي ببراءة الاطباء من التهمة المنسوبة اليهم معللة قرارها بأنه يستند الى توافر قصد العلاج في اجراء هذه العملية من قبل هؤلاء الاطباء فهناك هدف علاجي. والتدخل الطبي كان له طابع ضرورة طبية^(٤).

(١) صادر في ١٩٨٩/٧/١١ والمشار اليه في د. احمد محمود سعد - تغيير الجنس بين المحظور والباحة - المرجع السابق -

ص ٥٠٣-٥٠٤ كذلك د. علي حسين نجيدة - المرجع السابق - ص ٥٩.

(٢) د. الشهابي ابراهيم الشرقاوي - المرجع السابق - ص ٢٥٥.

(٣) راجع الصفحة ٦٨ من الرسالة.

(٤) د. عمر فاروق الفحل - المرجع السابق - ص ٨٧٤.

أما بالنسبة للقضاء الإيطالي فلا زال متارجحاً بين الأخذ بالنصوص القانونية المانعة
لعمليات تغيير الجنس وبين بعض المحاكم التي اعرضت عن تطبيق القواعد القانونية مجيزة لهذه
العمليات الجراحية، إذ في قرار لمحكمة ميلانو في ١٢/أبريل/١٩٧٤ قضت بمشروعية عمليات
تغيير الجنس بداعي توافر قصد العلاج فيها ، وبالرغم من وجود نص جزائي وآخر مدني يمنع
ذلك^(١).

^(١) إذ تعاقب المادة ٥٥٢ من قانون العقوبات الإيطالي بالسجن والغرامة كل شخص يقترب أفعالاً من شأنها أن تفقد القدرة
على الإنجاب حتى ولو كان برضاه . كما أن الفصل الخامس من القانون المدني الإيطالي يحرم كل اتفاق يترتب عنه
نقص خطير ومستديم لجنس الإنسان . انظر في ذلك محمد المحجوب الطريطر - المرجع السابق - ص: ٦٣٧ .

الفصل الثالث

الآثار الجزائية المترتبة من فعل التفسير

استقر الفكر الجنائي على مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية، غير ان ذلك لم يكن كذلك في كل العصور. حيث كانت في السابق تمتد لتشمل ليس فقط عين الجاني وانما أهله أيضا، وان التحليل الدقيق لهذا المبدأ يكشف عن مدى اتصاله بالإرادة الحرة والإنسان العاقل. وهو في ذات الوقت يعد من المبادئ القوية في القانون وان الخروج عنه يعد خروجاً عن الشرعية الجزائية وامتداد هذه المسؤولية للإنسان جاء من كونها تؤسس على خطر كائن وليس خطراً كامناً، وبما ان الحرية جزء من ماهية الشخصية الإنسانية فمن الطبيعي ان يتحمل الإنسان وحده نتيجة قراره الارادي فلا يسأل غيره ولا يعاقب سواه^(١).

يتضح من ذلك ان الإنسان هو المسؤول جزائياً عن الأفعال التي يعدها القانون جريمة فهي لا ترتبط الا بالإنسان الادمي *Personne humaine*. وهذه القاعدة لها ما يبررها، اذ ان الإنسان هو وحده من يملك الإرادة التي تنف وراء الفعل وتعطيه الصفة الجرمية، وانه وحده يملك القدرة على الاستجابة لاهداف المجتمع الخاصة بتطبيق الجزاء عليه وعدم العود بالتالي الى اقتراف مثل هذه الأفعال. ومع هذا فان القوانين الجنائية اتجهت الى تقرير مسؤولية الأشخاص الاعتبارية او المعنوية وذلك بسبب اتساع دائرة نشاط تلك الأشخاص في العصر الحديث ودخولها في مجالات الحياة كافة. فادى الأمر بالمشرع الجنائي الحديث إلى تحريم بعض صور هذه التصرفات التي تقع بالمخالفة للقوانين الجنائية من قبل ممثلي الأشخاص المعنوية في أثناء أدائهم لعملهم. واتخذ بعض التدابير لحماية مصالح المجتمع وأفراده من هذه الأخطار^(٢) هذا وان هنالك اهتماما واضحا في تحديد المسؤولية عن فعل الغير في القوانين وقد بدا منذ مطلع القرن التاسع عشر لدراسة هذه المسؤولية وفقا لآراء مختلفة لفقهاء القانون في تحديد أساسها^(٣) بالإضافة إلى الإشكالات القانونية والاجتماعية التي تنمخض عن فعل تغيير جنس الإنسان الظاهري بالنسبة للمغير لجنسه من الجوانب الموضوعية والإجرائية كل ذلك سيتم مناقشته ضمن مجريات هذا الفصل والذي قسمته

(١) د. محمد كمال الدين امام - المسؤولية الجنائية لمبدأ وتطورها - ط ٢ - المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع / ١٩٩١ ص ٣٢١.

(٢) د. محمد زكي ابو عمر - المرجع السابق - ص ١٤٩.

(٣) د. مصطفى ابراهيم الزلمى - المسؤولية الجنائية في الشريعة الاسلامية دراسة مقارنة بالقانون - الجزء الاول مطبعة

على مبحثين - سأتناول في المبحث الأول الأشخاص محل المسؤولية وبثلاثة مطالب، المطلب الأول سيكون لمسؤولية الأطباء الجنائية، ونفرد المطلب الثاني لمسؤولية الأشخاص المعنوية (المؤسسات التابعة للحكومة والمؤسسات الخاصة (الأهلية) ، أما المطلب الثالث سيكون للمسؤولية عن فعل الغير أما المبحث الثاني سيتضمن الإشكالات القانونية والاجتماعية التي يحدثها فعل التمييز من الناحيتين الموضوعية والإجرائية مضافا إلى ذلك الإشكالات الاجتماعية المترتبة عنه.

المبحث الأول

مسؤولية الأشخاص الجنائية

بما أن المسؤولية الجزائية هي مسؤولية شخصية وإن ذلك يعد مبدءا استقرت عليه القوانين الجنائية وأنه يتعلق بالإنسان الحي العاقل ، فلا بد والحالة هذه من التطرق إلى الأهلية الجزائية والتي تعرف بثبوت صلاحية مرتكب الجريمة لكي يسأل عنها إذن هي حالة أو تكليف قانوني لإمكانات شخص للحكم بعد ذلك عن مدى صلاحيته للمسؤولية ومن ثم كانت علاقتها بالمسؤولية وإنها شرط لها. وتعني أيضا أنها مجموعة من الصفات التي يلزم توافرها في شخص معين لكي يمكن نسبة الجريمة إليه بوصفه فاعلا لها أو شريكا أو محرضا أو مت دخلا فيها عن وعي وإرادة ، والمخاطب هنا هو الإنسان حيث يوجه إليه الشارع الخطاب بالنكليف الجزائي من بسين جميع الكائنات، لأنه يملك القدرة على الإدراك ويتمتع بحرية الاختيار^(١).

عليه فالمسؤولية الجزائية لا يمكن لها أن تقوم ما لم يكن الفاعل متمتعاً بقدرة الإدراك وقدرة حرية الاختيار، لأن فقدان إيا منهما أو كلاهما يؤدي إلى عدم إمكانية مساءلة الفاعل جزائياً عن الفعل الذي ارتكبه. إن الأصل أن مرتكب الجريمة يسأل عن ارتكابها طالما كان أهلاً للمسائلة^(٢).

وكذلك الحال في الشريعة الإسلامية الغراء فلقيام مسؤولية الجاني يجب توافر شرطيهما الإدراك والإرادة الحرة فلا يعاقب المكره أو فاقد الإدراك لجنون أو غيبوبة أو صغر سن، أي يجب أن تتوافر المسؤولية الأخلاقية لدى الجاني بشرطيهما المذكورين^(٣).
عليه فالمسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية تعني تحمل الإنسان الأفعال المحرمة التي يأتيها وهو مختار ومدرک لمعانيها ونتائجها^(٤).

(١) د. كامل السيد - شرح قانون العقوبات الأردني المجلد رقم ٨٦ لسنة ٢٠٠١ - دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة - دار المطبوعات والنشر - عمان - الأردن ٢٠٠٢ ص ١١

(٢) د. ضاري خليل محمود - البسيط في شرح قانون العقوبات القسم العام / ط١ - النشر صباح صائق ٢٠٠٢ ص ١١٤

(٣) د. أكرم نشأت - السياسة الجنائية دراسة مقارنة - ط٢ - شركة أب للطباعة الفنية المحدودة ١٩٩٩ ص ٥٩.

(٤) د. مصطفى إبراهيم الزلمي - المرجع السابق - ص ٩.

من ذلك يتبين ان المسؤولية شخصية تتحقق بتوافر شرطها لكن هناك استثناءات على مبدأ شخصية المسؤولية والتي جرى الاخذ بها في القوانين العقابية وهي مسؤولية الاشخاص المعنوية، والمسؤولية عن فعل الغير، عليه يتعين بحث مسؤولية الاطباء الجزائية عما يرتكبونه من افعال اثناء ممارستهم لأنشطتهم الطبية في مجال تغيير الجنس، وفعل أي شخص بجرمه القانون هو اما ان يكون جريمة غير عمدية او عمدية هذا ما سيكون موضوعاً للمطلب الاول لنتعرف من خلاله الاجابة على التساؤل الاتي: هل ان فعل التغيير الذي يجريه الاطباء ومن في حكمهم بعد جريمة غير عمدية ام انها عمدية ؟ لذلك اقتضى بحث المسؤولية عن الجرائم غير العمدية في الفرع الاول. والمسؤولية عن الجرائم العمدية في الفرع الثاني منه. ومن ثم سأتناول مسؤولية الاشخاص المعنوية العامة والخاصة في المطلب الثاني والمسؤولية عن فعل الغير في المطلب الثالث.

المطلب الاول

مسؤولية الاطباء الجزائية

بما ان المسؤولية الجزائية تعني الالتزام بتحمل النتائج القانونية المترتبة على توافر اركان الجريمة. وموضوع الالتزام هو العقوبة او التدبير الذي يقرره القانون بمن هو مسؤول عن ارتكاب الجريمة مما يعني ان المسؤولية ليست ركناً للجريمة إذ انها لا تفرض على مرتكبها الا اذا توافرت ابتداء جميع اركان الجريمة فبذلك تعتبر اثراً لاجتماعها^(١).

فالاطباء كغيرهم لا يختلفون عن باقي الافراد ازاء ارتكابهم الافعال المجرمة بالقوانين العقابية^(٢). اذا ارتكبوا اخطاء جسيمة عند قيامهم بالجراحة والعلاج وادى ذلك الى الاضرار بالمريض فانهم يكونوا مسؤولين مسؤولية غير عمدية اذا كان هناك رضا للمريض، اما اذا كان العلاج بغير رضا المريض فمنهم من يرى انهم يكونوا مسؤولين مسؤولية غير عمدية واخرون عمدية، اما اذا كان الطبيب يروم من وراء ذلك الاضرار بالمريض فانه يسأل عمداً عن الضرر الذي لحقه^(٣).

عليه سأتناول في فرعين المسؤولية عن الجرائم غير العمدية والعمدية ويتضمن الشرح موقف الشريعة الاسلامية وبيان حكم فعل التغيير في كل منها.

(١) د. كامل السعيد - شرح قانون العقوبات الاردني المعدل رقم ٨٦ لسنة ٢٠٠١ - المرجع السابق ص ١٢.

(٢) د. محمود محمود مصطفى - المرجع السابق - ص ٣.

(٣) د. اكرم نشأت - الاحكام العامة في قانون العقوبات العراقي مطبعة اسعد بغداد - ١٩٦٢ ص ٨٠.

الفرع الأول

المسؤولية عن الجرائم غير العمدية

ويسمىها البعض الجرائم الخطئية حيث إن معظم جرائم الأطباء تكون خطئية ومجالها جرائم الدماء كاعطاء مادة ضارة للجسم وجرائم الجرح والقتل ، وان من المبادئ الاساسية للمسؤولية الجزائية التي يتميز بها هذا النوع من الجرائم هو ان لا يسأل انسان الا اذا ارتكب فعلا او امتنع عن فعل وان الفاعل في هذا النوع من الجرائم لا يريد تحقيق النتيجة الاجرامية بعد ان كان مريدا للفعل.^(١)

عليه تنهض المسؤولية عن الجريمة غير العمدية اذا وقعت النتيجة الاجرامية بسبب الخطأ الذي يعود للفاعل وقد عرفها قانون العقوبات العراقي في المادة ٣٥ منه بأنها (تكون الجريمة غير عمدية اذا وقعت النتيجة الاجرامية بسبب خطأ الفاعل سواء كان هذا الخطأ اهمالا او رعونة او عدم انتباه او عدم احتياط او عدم مراعاة القوانين والانظمة والامامر). فصور الخطأ في قانون العقوبات العراقي خمسة. في حين نص قانون العقوبات الاردني على ثلاثة صور للخطأ هي الاهمال وقلة الاحتراز وعدم مراعاة القوانين والانظمة^(٢). اذن متى يكون الطبيب مسؤولا مسؤولية غير عمدية عن الافعال التي يرتكبها في أثناء ممارسته لنشاطه الطبي، مما يعني قد تتخلف نتيجة ضارة عن عمل الطبيب عند قيامه بعلاج مريضه سببها اخلاله بالاصول الفنية للعلاج عندها يكون مسؤولا مسؤولية غير عمدية عن هذه النتيجة، لانه لم يكن يريد هذه النتيجة، مما يعني ان الطبيب اذا قام بعلاج مريضه مراعيًا بذلك الشروط الواجب توافرها في النشاط الطبي وأفضى هذا العلاج الى نتيجة ضارة بالمريض فإنه لا يكون مسؤولا عنها.

وكذلك الحال في الشريعة الاسلامية فان الفاعل إذا كان طبيباً واتى فعله بقصد العلاج وبحسن نية وان عمله كان طبقاً للاصول الطبية وان يكون قد استحصل على اذن المريض نفسه او من يقوم مقامه كالقولي، فإنه يكون غير مسؤول عن فعله متى ما كان مراعيًا لهذه الشروط، مما يعني ان عدم توافر إحدى هذه الشروط كان الفاعل مسؤولا بحسب الاحوال فان قصد العدوان والاضرار بالمريض فهو متعمد وان لم يقصد الاضرار بالمريض ولا العدوان فان يعد مخطئاً على رأي ومنعمد على رأي والراجح هو الرأي الاول^(٣).

(١) د. عبد الوهاب عسر البطرناوي - المسؤولية الجنائية للأطباء - دراسة مقارنة - ط٤ - بحوث جنائية مقارنة بالفقهاء الاسلامي قدمت لمؤتمرات دولية ومحلية ، البحث الثالث عشر - بدون دار نشر - ١٩٩٩ ص ٨٠.

(٢) انظر المادة ٦٤ من قانون العقوبات الاردني.

(٣) د. عبد القادر عودة - المقتضى الجنائي الاسلامي مقارناً بالقانون الوضعي - القسم العام - الطبعة الثالثة - مكتبة دار

ولبيان مسؤولية الطبيب الجزائية عن الجرائم غير العمدية يتعين بحث موضوعها في فقرات ثلاث الاولى لضوابط هذه المسؤولية. اما الثانية ستكون لمسؤولية الطبيب الجزائية غير العمدية عن فعل تغيير جنس الانسان. ونفرد الفقرة الاخيرة لبعض الجرائم ذات المسؤولية غير العمدية.

اولاً: ضوابط مسؤولية الطبيب الجزائية عن الجرائم غير العمدية

ان الطبيب يكون مسؤولاً عن جريمة غير عمدية عن الضرر الذي أحدثه بالمريض اذا خالف قواعد ميته وقصر الالتزام بها، وذلك لان الطبيب لم يكن يريد هذه النتيجة وان كان يقصد من وراء ذلك علاج مريضه لكنه لم يتبع الاصول الفنية، فأنه وهذه الحالة يسأل عن الخطأ الذي وقع فيه. من ذلك يتبين ان الاساس في اعتبار خطأ الطبيب جريمة معاقب عليها هو الاخلال بواجبات الحيطه والحذر الذي يفرضه القانون على الاشخاص في سلوكهم. اضافة للقواعد الثابتة المقررة في المين الطبية، إذ ان هذه المهن تفرض على القائمين بها اتباع سلوك معين وفق قواعد ثابتة^(١)

هذا فيما يخص الخطأ غير العمدي وفق الاحكام العامة، عليه ما هو حكم فعل الطبيب وهل يندرج تحت وصف الخطأ غير العمدي اذا ما اصاب بفعله شخص ما في سلامه اعضائه الجسديه بمعنى ان الخطأ الذي ارتكبه الطبيب (بمعناه الضيق) يتكون من الاهمال او الرعونة او عدم الانتباه او عدم مراعاة الانظمة والقوانين موجب لمسائلته عن فعله الخاطئ. وهل الخطأ غير العمدي كخطأ عادي غير فني يسأل عنه الطبيب كأي شخص، ام يجب ان يكون الخطأ طبياً يتعلق بفنه وصنعتة ؟ قبل الاجابة على ذلك يتعين معرفة الخطأ الطبي لان ما يهمنا في مجال البحث هو الخطأ الطبي. وقد عرف بأنه (تقصير في مسلك الطبيب لا يقع من طبيب يقظ وجد نفسي نفس الظروف الخارجية التي احاطت بالطبيب المسؤول)^(٢)

ويعرف ايضا بأنه مخالفة صريحة للاصول الفنية المستقرة في علم الطب والمساعدة في عالم هذه المهنة أي ان الخطأ الطبي هو الذي يرتكبه الطبيب وله علاقة بمهنة الطب التي يمارسها، كان يسند اليه الخطأ في التشخيص ويكون نتيجة لاهماله وتقصيره في عمله الطبي فيكون فعله خطأ طبي صادر عن طبيب ويتصل بهذه المهنة اتصالاً مباشراً بالاصول الفنية لمهنة الطب^(٣)

(١) د. حميد السعدي - جرائم الاعتداء على الاشخاص - دراسة مقارنة بين القانون العراقي والفرنسي والسوفيتي - مطبعة المعارف بغداد ١٩٦٥ ص ٥٧١

(٢) د. محمود محمود مصطفى - المرجع السابق - ص ٤٠

(٣) حميد السعدي وعامر عبد المشاي - المسؤولية الطبية من الوجة الجنائية - دار التضامن للطباعة والنشر والتوزيع ١٩٩٦ ص ٨٤

اذن يمكن تعريف الخطأ الطبي غير العمدى بأنه تقصير او اهمال يصدر من الطبيب - في سلوكه الطبي ويكون بمناسبة ممارسة نشاطه الطبي على مريضه - وفقاً للقواعد والاصول الفنية من تعليمات سلوك مهني وقواعد طبية لهذه المهنة والمتعارف عليها من قبل اهل العلم والخبرة نظرياً وعملياً. وكذلك القوانين والانظمة الصادرة بشأنها، دون ان تنصرف إرادته إلى إحداث النتيجة الضارة مع امكانية توقع حدوثها، مما يعني ان الفعل الخاطئ لدى الطبيب نتيجة لاهماله أحدث النتيجة الضارة مع توافر العلاقة النفسية بين إرادته والنتيجة التي افضى اليها فعله.

عليه فالارادة المادية للانسان هي اساس المسؤولية، اذ انها لا تقع الا اذا صدر منه فعل مادي يعترفه عن وعي وارادة. وفي هذا النوع من الجرائم يكون الفاعل قد اراد الفعل دون النتيجة السيئة، أي انه غير محتاط لمنع هذه النتيجة فيكون فعله جريمة غير عمدية وانه ياخذ شكل الاهمال أي انها لا تستلزم الا اهمالاً. ويقع باية وسيلة سواء بارتكاب فعل مخالف للقانون او الامتناع عن فعل واجب قانوناً^(١). ويتمخص عن هذا الفعل نتيجة وهي التغيير الذي يحدث في العالم الخارجي كأثر للسلوك الاجرامي وهي يؤخذ عليها الفاعل بالرغم من انه توقعها بتصرفه هذا دون قبولها^(٢). وان تكون هناك علاقة سببية بين هذا السلوك وبين النتيجة الحاصلة^(٣) ولا خلاف بين الشريعة والقانون في ذلك فان النتيجة الاجرامية تعد اثراً للنشاط الاجرامي وهي إما ان تكون مادية (طبيعية) او شرعية (قانونية) الا في بعض الظواهر المادية^(٤) والخطأ هو الركن المعنوي لهذه الفئة من الجرائم والخطأ غير العمدى يعني إخلال المتهم عند تصرفه بواجبات الحيطة والحذر التي يفرضها القانون، وعدم حيلولة حدوث النتيجة الإجرامية في حين كان بإمكانه ومن واجبه ذلك، فجوهر الخطأ هو الإخلال بالتزام عام يفرضه الشارع وهو الالتزام بمراعاة الحيطة والحذر^(٥). من خلال ذلك يتبين ان للخطأ غير العمدى عنصرين هما الأول: هو الإخلال بواجبات الحيطة والحذر اما الثاني: فهو العلاقة النفسية بين إرادة الفعل والنتيجة الجرمية، اذ ان القانون لا يعاقب على الفعل في ذاته وانما يتم العقاب إذا أفضى الفعل إلى نتيجة إجرامية معينة وهذه اما تقع لان الفاعل لم يتوقعها بالوقت الذي يستطيع توقعها ويجب عليه ذلك فاذا لم يفعل هذا فيكون قد أخل بما هو مفروض عليه قانوناً وفعله يكون بهذه الحالة مشوباً بالخطأ، واما ان الفاعل يتوقع النتيجة مع

(١) د. عباس الحسني - شرح قانون العقوبات العراقي وتعديلاته - المجلد الثاني - القسم الخاص - مطبعة العاني ١٩٧٠ ص ٨٦.

(٢) د. محمد نوري كاظم - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - دار الحرية للطباعة - بغداد - ١٩٧٧ ص ١٥٢.

(٣) د. فخري الحنبلي - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - مطبعة الزمان - بغداد - ١٩٩١ ص ١١٦.

(٤) د. مصطفى الزلمي - المرجع السابق - ص ٣٠.

(٥) د. محمود نجيب حسني - المرجع السابق - ص ٤٠٢.

عدم اتجاه إرادته إليها أي أنه يظن خلافاً للحقيقة أنه بالإمكان تجنبها فتقع النتيجة لأنه غير محتاط لمنع وقوعها وإنما كان موقفه موقف عدم المكثرت وعدم تحوطه كان غير كاف^(١). فإذا كون الفعل اخلاقاً بواجبات الحيطة والحذر فإن الفاعل يسأل عن فعله وهناك ضابطاً موضوعياً لمسائلة الفاعل بموجبه إذا كان هناك ثمة أخلاق بهذا الواجب وقوامه الشخص المعتاد وهذا المعيار يعبر عنه بالتقدير المجرد مما يتوجب اعتماد نموذج عملي مماثل لقياس مسلك الطبيب، أي اعتماد سلوك طبي نموذجي من أوسط الأطباء كفاءة وخبرة وتبصر ودقة. شريطة أن يكون في نفسه الاختصاص ومن المستوى الفني والمهني وبراعي الحيطة والحذر في عمله وببذل الجهد والعناية اللازمة لمعالجة مريضه مراعي الأصول الفنية المؤكدة والاعراف الراسخة في نظام مهنته والتقاليد التي جرى عليها الأطباء في مثل ظروف الطبيب مع الأخذ بنظر الاعتبار الظروف الخارجية المحيطة^(٢). لكن أي الإخطاء ينسب إلى الطبيب ذهب القضاء العراقي إلى التفرقة بين الخطأ المادي والخطأ الفني عند تقريره لمسؤولية الأطباء، فيقرر المسؤولية على الخطأ المادي دون الفني المتعلق بالمهنة الطبية إلا الجسيم الفاحش منه^(٣) مع أنه كان الأوفق على القضاء

(١) د. كامل السحت - شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات - دراسة مقارنة - ط ١ - الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان الأردن - ٢٠٠٢ - ص ٣٢٠.

(٢) د. محمد بشير شريم - الإخطاء الطبية بين الالتزام والمسؤولية - جمعية عمال المطابع التعاونية - عمان ٢٠٠٠ - ص ١٦٥.

(٣) د. ضاري خليل محمود - في الطبيعة القانونية للخطأ الطبي - مجلة العدالة - الأعداد ٤٠١ - السنة الثالثة ١٩٧٧ - ص ٤٧٦.

- وقد أورد الفقه تقسيمات عدة للخطأ هي الخطأ الفني والخطأ العادي على اعتبار أن الخطأ الفني يصدر عن رجال الفن كالأطباء، والخطأ العادي أو العادي يمثل الخطأ الذي ليس له علاقة بالأصول الفنية، أي أنه يقع خارج مهنة الطب وينجم عن سلوك معرود يسببه الإخلال بالقواعد العامة للحيطة والحذر الذي يتوجب على الناس كافة الالتزام بها. واقفه التقليدي ذهب إلى التفريق بينهما في نفي مسؤولية الطبيب. وكذلك من التقسيمات الخطأ الجسيم واليسير والخطأ المدني والخطأ الجنائي وظهر في ذلك اتجاهين مختلفين حول مسألة إزواجية الخطأ وآخر ذهب إلى وحدته حيث ذهب جانب من الفقه إلى أن الخطأ الجنائي أشد جساماً من الخطأ المدني وهما يختلفان من حيث الهدف، إذ أن هدف العقوبة هو الردع والزجر، أما الخطأ المدني فينظر إليه من حيث أضراره بالفرء والهدف منه إعادة التوازن بين الدفم المالية كما أن هناك أفعالا إجرامية يعاقب عليها جنائياً بالوقت الذي لا يترتب عليها تعويض مثل الشروع ومنهم من رأى وحدة الخطأين واستندوا ذلك إلى أن الخطأ الجنائي يقوم على نفس العناصر التي يقوم عليها الخطأ المدني وهي الأخلاق بواجبات الحيطة والحذر. ولم يسلّم أي من الاتجاهات من الانتقاد وقد أدى هذا الأمر إلى القول بعدم الأخذ بالتفرقة هذه لأنه ثبت فسادهما وقضي في مصر وفرغما بأن الطبيب يسأل وفقاً للقواعد العامة في حالة تحقق الخطأ مهما كان نوعه. راجع في ذلك د. كامل السحت - شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات - دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص ٣٢٨ وما بعدها و د. حميد السعدي وعامر عبيد المشاي - المرجع السابق - ص ٨٧ و د. ضاري خليل محمود - في الخطأ الطبي - المرجع السابق - ص ٤٧٥ وما بعدها و د. عبد القادر عودة - المرجع السابق - ص ٥٢٢ وهدي سالم محمد -

للمعراقي مسابقة الاتجاه الحديث في عدم الأخذ بالترقية التقليدية بين الخطأ الفني والخطأ المادي والأخذ بتقرير المسؤولية للطبيب الذي يرتكب الفعلة خطأ سواء كان جسيماً أم يسيراً فنياً كان أم مادياً، لأن الواجب الذي يلقيه القانون على عاتق الطبيب أثناء ممارسة نشاطه الطبي هو أن يبذل عناية الشخص المعتاد وعليه التيقظ المنفق مع الأصول والمبادئ المتعارف عليها .

ثانياً : مسؤولية الطبيب الجزائية غير العمدية عن فعل التغيير

لبيان حكم فعل الطبيب إذا قام بتغيير جنس شخصاً ما بتدخل جراحي من ناحية إدراجه تحت وصف الخطأ غير العمدية وهل يوصف مخطئاً عن إهمال أو رعونة ... الخ . وهل إن فعله موجب للمسائلة على أنه غير عامد ؟ للإجابة عن ذلك يجب التصدي للحالة من الناحية العلمية (الطبية) لأغراض الإلمام بالموضوع وإعطاء الرأي القانوني بشأنها .

فنحن أمام حالة تغيير جنس إنسان خالية من أية دواعٍ طبية وتكون لمجرد الرغبة في التغيير، أو نكون أمام حالة مرضية نتيجة خلل في إفراز الهرمونات وبالأخص هرمون الأندروجين عند الذكر أو أنه اختلق هذه الحالة، ففي هذه الحالة أجمع الأطباء النفسيون والباطنيون على خطئ رئيسين في العلاج لا ثالث لهما الأول العلاج الهرموني والثاني العلاج النفسي^(١) . فالحالة المرضية هذه هي حالة الـ Hypogonadism إذ يعاني المريض فيها من فشل وظيفة الخصية وهي بدورها تسبب فشل في إنتاج الحيوانات المنوية (الحيامن) إذ أن كل شخص طبيعي تفرز غدته النخامية وموقعها الدماغ هرمون الأندروجين وبنسبة معينة وبمستوى طبيعي . فإذا ما اختل هذا الإفراز عن المستوى الطبيعي فيكون هذا الشخص مختلاً جنسياً أما إذا كان ضمن المستوى الطبيعي فإن هذا الذكر متزنًا وطبيعياً.

هذا الخلل يؤدي إلى فشل إفراز هرمون الخصية وهو التسترون وهو يؤدي بدوره إلى توقف عمل القنوات الذكرية للحيمنية في الخصية والتي ينتفض معها صاحب هذه الحالة على واقعه الذكري وتتولد لديه ميولاً أنثوية. والطرق العلاجية المتاحة هي بإعطاء المريض هرمونات بجرعات منتظمة ومساعدته نفسياً على أن يتقبل وضعه الذي يتصوره غريباً لكي يتغلب عليه ليعيش بعدها حياته بالشكل الطبيعي وعلى صورة ما هو عليه^(٢).

ونفس الحال بالنسبة للإناث فإن الهرمون الجنسي الأنثوي هو الاستروجين يظهر لديها عند البلوغ وبظهوره هذا تتطور الخصائص الجنسية الأنثوية. وهرمون البروجسترون كذلك تفرزه

- مسؤولية مساعي الطبيب الجزائية - دراسة مقارنة - ط ١ - ادار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع -

عمان - الاردن - ٢٠٠١ ص ١٣٠ وما بعدها .

(١) John Madeod . op. Cit. (psychiatry) P. 777

(٢) John Macleod . Op. Cit. P. 497

الغدتان الصماويتان بيضويتا الشكل (المبيضتان) اللذين يقعان على جانبي الحوض. وتكون مسؤولة عن انتاج البويضة والهرمون المذكور انفا. والخلل الوظيفي فيهما يسبب نفس الاضطراب الهرموني لديها^(١).

من هذا يتبين ان العلاج الجراحي ليس من بين العلاجات التي أجمع عليها الاطباء فاذا اجاب الطبيب طلب طالب التغيير واجرى له العملية التغييرية فان فعله هذا لا يندرج تحت وصف الخطأ غير العمدي للاستجاب الآتية:

١. ان اجراء العملية الجراحية للحالتين المعروضتين انفا اذا تمت فانه لم يكن لهما مسوغ علاجي ولم تكن هناك ضرورة طبية تدعو لها وفق الطريقة التي استخدمها الجراح، حيث وكما اسلفت ان الذابت عتيا والمستقر عليه من قبل اهل الخبرة في المجال الطبي هو العلاج وفق الخطتين المذكورين انفا.

٢. ان الطبيب غير مصرح له باجراء مثل هذا العلاج على وفق ما تقدم.

٣. وان تم التداخل الجراحي برضا المريض الحر والصريح المستنير وفق شروطه المنصوص عليها فانه لا يبيح للطبيب اجراء العملية. ويجعل فعله غير معاقب عليه لان الرضا هنا ليس معدم للركن المادي وليس مبرر لعدم مسائلة الطبيب والمساس بحرمة الجسد، كون الجراحة هنا غير مشروعة.

٤. يجب ان يكون الغرض من التداخل الجراحي علاج المريض وتخليصه من الالام والغرض منه هنا ليس علاجاً.

٥. اما فيما يخص المادة ٤١ من قانون العقوبات والتي تقضي بعدم سريان احكام قانون العقوبات على الفعل الذي يرتكبه الطبيب اذا كان الفعل استعمالا لحق مقرر بمقتضى القانون ومنها العمليات الجراحية ، نقول ان هذه المادة اشترطت اربعة شروط لاياحة النشاط الطبي للطبيب اما وانه خالف شرطي قصد العلاج ومخالفة اصول المهنة واحداث ضررا ومساسا بسلامة جسم المريض. وادى هذا المساس الى انتقاص في اعضائه الجسدية كنتيجة للفعل وتوافرت علاقة السببية بين ما قام به الطبيب وما ادى اليه عمله الجراحي هذا، فهو بذلك يكون خارج اطار المسؤولية غير العمدية ، إذ ان فعله يدخل ضمن اطار المسؤولية العمدية كما سيتم بيانه لاحقا.

ثالثا : بعض الجرائم ذات المسؤولية غير العمدية

تتعقد مسؤولية الطبيب اذا ثبت ان الضرر الذي اصاب المريض كان نتيجة خطأ جسيم منه او لاهماله اهمالا فاحشا او لعدم احتياظه او لجهله بالاصول والقواعد التي يتعين على كل طبيب

(١) انقسام نقيب المحبة - علم قسلة - علم وظائف الاعضاء - دار المشي للطباعة والنشر - بغداد - ١٩٨٢ - ص ١٠٠.

الالام بها، إذ انه لا يسأل عن خطئه في التشخيص او عدم مهارته في مباشرة عملية جراحية، الا انه يكون مسؤولاً عن خطئه الجسيم مدنيا وجنائيا اذا ثبت أنه لم يتخذ الاجراءات والاصول التي يوجبها الفن^(١).

لذا يتعين على الطبيب ان يعنى بالتشخيص والوصول الي التشخيص السليم يكون بمختلف الوسائل العلمية واهم هذه الوسائل التحليلات المرضية والتصوير بالاشعة وغيرها. وان نقصيره بالاستعانة بهذه الوسائل هو اهمال منه يسأل عنه اذا كان التشخيص الذي وصل اليه مخالفا لواقع الامر، فيتم البحث ابتداء لتحديد مسؤوليته في أنه اكان مصيباً ام مخطئاً في تشخيصه ؟ فلو بتر طبيب يد مريض بداعي ان حالته الصحية تستوجب ذلك ثم تبين ان هذا التشخيص خاطئ وان حالة المريض لا تستدعي اجراء عملية البتر كان الطبيب مسؤولاً عن عملية البتر دون البحث فيما اذا كانت عملية البتر صحيحة من عدمه^(٢). عليه فان مسؤولية الطبيب تقوم بحقه اذا لم يتبع اصول الفن التي تقتضيها هذه المينة، فاذا لم يراع اصول الفن في اثناء ممارسته لنشاطه الطبي يترتب على فعله قيام المسؤولية غير العمدية بحقه، ذلك لان الطبيب يريد الفعل ولكنه لا يريد النتيجة الناجمة عن عمله الذي فيه اهمال او عدم احتياط. ولا يعفى الفاعل هنا من العقاب الا عند قيام الضرورة بشروطها المنصوص عليها في القانون^(٣). فما على الطبيب الا ان يبذل العناية الواجبة في اختيار الدواء والعلاج الملائمين لحالة المريض بغية ان يصل الى هدفه والمتمثل بشفاء المريض وتخليصه من الالام، إذ ان التزام الطبيب ازاء مريضه لا يكون التزام بتحقيق نتيجة لكن عليه الالتزام بمراعاة الحد اللازم من الحيطه والحذر في اثناء ممارسته لنشاطه الطبي، لكن كقاعدة عامة فان المحاكم تقيم مسؤولية الطبيب اذا ما استنف القاضي من وقائع الدعوى ان الطبيب قد

(١) د. محمد قاتق الجوهري - المسؤولية الطبية في قانون العقوبات - دار الجوهري للطبع والنشر ١٩٤١ ص ٣٦٢.

(٢) فزار عرابي - مسؤولية الطبيب عن خطئه في التشخيص - مجلة المحامون السورية - الاعداد ٦-١ - السنة ٦٣ - ١٩٩٨ ص ١٢٣.

(٣) هدي سالم محم الاضرقي - المرجع السابق - ص ٨٦.

ويلحظ انه لقيام حجة الضرورة يجب توافر نوعين من الشروط - شروط تخص الخطر وشروط تخص الفعل، شروط الخطر هي، ١. ان يهدد النفس او المال، ٢. ان يكون جسيماً، ٣. ان يكون حالاً، ٤. ان لا يكون الفاعل قد تسبب عمداً في ايجاد الخطر، ٥. ان لا يكون الفاعل ملزماً قانوناً بمواجهة الخطر - لما شروط الفعل فهي، ١. ان لا يكون في وسع الجاني التخلص من الخطر بوسيلة غير الجريمة، ٢. التناسب بين الفعل المكون للجريمة والخطر المراد انقاده ويترتب على ذلك امتناع مسؤولية الفاعل وبمقدار ذلك للمسامين راجع في ذلك د. فخري الحديثي - شرح قانون العقوبات - القسم العام - مطبعة الوفست للزمان - بغداد ١٩٩٢ ص ٣٥٢-٣٤٨.

بأشهر العلاج بطريقة تتم عن اهتمام ولا مبالاة ودون اتباع للأصول الطبية المتعارف عليها في هذا الشأن^(١).

لذلك فإن مرحلة التشخيص تعتبر من المراحل الأولى التي على أساسها يصف الطبيب لمرضه العلاج. والتي على أساسها يكون الطبيب قد وصل إلى الطريقة المثلى في اختيار طريق العلاج الملائمة لحالة المريض المعروضة أمامه، وببذله العناية في ذلك وعدم وجود ما ينم عن عدم دراية بأصول الفن يجعل من الطبيب خارج إطار المسائلة.

الفرع الثاني

المسؤولية عن الجرائم العمدية

تقوم الجريمة العمدية على العلم والارادة والمتمثل بالقصد الجنائي والتي يشترط فيها ان يكون الجاني قد أراد الفعل المادي المكون للجريمة الذي اتاه وأراد مع ذلك النتيجة الجرمية التي حصلت أو أية نتيجة جرمية أخرى^(٢).

عليه فمناصر القصد الجنائي في جريمة الإيذاء العمد هما العلم والارادة، فالعلم بارتكاب الجريمة هو ان يحيط بها علم الجاني بان يتجه فعله الى محل الجريمة وهو الانسان الحي وبخطورة هذا الفعل على سلامة جسم الانسان وتوقع النتيجة والمتمثلة بالاذى الذي يصيب هذا الجسم وهو الاتجاه الارادي الذي يعد جوهر القصد الجنائي، اما ارادة النتيجة تتطلب اتجاها ارادة المهتم الى احداث الاذى البدني بجسم المجني عليه، مما يتعين ان تتجه ارادة الفاعل الى احداث الاذى بدرجة من الخطورة فاذا تجاوزت هذه الخطورة الى نتيجة اشد كالموت فإن الفاعل يسأل عن الموت^(٣) مما يعني ان للقصد دوره في تحديد نطاق جرائم الاعتداء على سلامة الجسم.

ومن الاحكام العامة التي يخضع لها القصد الجنائي في جرائم الإيذاء هو انه ليس من تأثير على قيام القصد الغلط في شخصية المجني عليه والخطأ في توجيه الفعل ويستوي ان يكون القصد محدداً او غير محدد. ولا يؤثر في قيام القصد رضا المجني عليه ومن ذلك فأن الجراح الذي اجري عملية جراحية على بعض الأشخاص بقصد اجراء العقم فيهم يسأل عن جريمة الجرح بالرغم من ان تدخله قد حصل برضا كل منهم فالرضا ليس سبباً للإباحة هنا^(٤).

(١) د. محمد حسين منصور - المسؤولية الطبية - موسوعة القضاء والفقه للدول العربية - ج ٢٤١ - اقيم الثاني ١٩٨٧

ص ٤٣.

(٢) انظر المادة ١/٣٣ من قانون العقوبات العراقي.

(٣) د. محمود نجيب حسني - المرجع السابق - ص ٤٥٣

(٤) د. حميد السعدي - ج ٣ - المرجع السابق - ص ٢٩٤

وبما ان الفعل الذي يقوم به الاطباء قد يتخمس عنه ضرر في الاعضاء الجنسية للشخص محل الجريمة. والضرر الحاصل نتيجة التدخل الجراحي الذي يجريه الطبيب يصطلح عليه البعض بالضرر الطبي ويعرفونه بأنه (حالة نتجت عن فعل طبي مست بالاذى جسم الشخص وقد يتبع ذلك نقصا في حالة الشخص او في عواطفه ومعنوياته)^(١).

والحالة موضوعة البحث قد يتمخض عنها ضرر اذا حصلت من قبل الطبيب الامر الذي يثير معه اشكالية قانونية هي تحت أي وصف قانوني يندرج هذا الفعل فأذا استعرضنا قانون الاداب الطبية العامة اللبناني في المادة ٥/٣٠ منه فانها تنص على أن يعد هذا الفعل تشويها اذا ادى العمل الطبي او الجراحي الى تغيير الجنس وكان مؤثرا في مستقبل المريض الامر الذي يقودنا الى القول بأن التشويه في جسم المريض ادى الى احداث عاهة مستديمة ارتكبت بحق هذا الشخص، هذا وقد وردت صورا للعاهة المستديمة^(٢) لكن اغلب القوانين لم تأت بتعريف لها لكن تصدى لها الفقه وعرفها البعض بأنها (فقد عضو من أعضاء الجسم أو فقد منفعة أو أضعافها أو فقد حاسة من الحواس أو أضعافها بصورة دائمة)^(٣).

وان كل معاس مقصود بجسم شخص يكون اعتداء على حقه في سلامته البدنية او الصحية ويشكل جريمة اذاء مقصود تاخذ وصف جنائيه او جنحه حسب النتائج الناجمة عن فعل الايذاء^(٤) وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن المتهم اجرى للمجنى عليه علاجاً غير مصرح له باجرائه وترتب عليه المعاس بملامته. فإن جريمة عمدية توافرت عناصرها في الواقعة^(٥).

عليه يتعين بحث موضوع فعل تغيير جنس الانسان بوصفه جريمة احداث عاهة مستديمة كوصف قانوني للفعل من الناحيتين الشرعية والقانونية.

(١) د. محمد بشير شريم - المرجع السابق - ص ١٦٩.

(٢) تعرضت المادة ١٢/٤ للشق الثاني من قانون العقوبات العراقي الى صور العاهة المستديمة بقولها "وتتوفر العاهة المستديمة اذا نشأ عن الفعل قطع او انفصال عضو من أعضاء الجسم او بتر جزء منه او فقد منفعة او نقصها او جنون او عاهة في العقل او تعطيل احدى الحواس تعطيل كلياً او جزئياً بصورة دائمة او تشويه جسيم لا يرجى زواله او خطر حال على الحياة".

(٣) د. فوزية عبد الستار - شرح قانون العقوبات القسم الخاص - دار النهضة العربية - مصر - القاهرة ١٩٨٢ ص ٢٥٥.

(٤) ذ. كامل السعيد - شرح الاحكام العامة في قانون العقوبات دراسة مقارنة - في الجريمة - المساهمة في الجريمة - المسؤولية الجزائية وموافاتها - الجزء الجنائي (عقوبات وتدابير احترازية) - المرجع السابق - ص ١٩٢.

(٥) محكمة النقض ٢/مارس/١٩٨٢ طعن ٢٢٦٠ لسنة ٥٠ - والمشار اليه في المستشار احمد عبد الظاهر الطبيب -

موسوعة التشريعات الجنائية دار الكتب القانونية - المحلة الكبرى - ١٩٩٨ ص ١٣٧٧

أولاً : وصف فعل التقيير في الشريعة الإسلامية

حرمت الشريعة الإسلامية الاعتداء على أي من أعضاء الجسم لا من الشخص نفسه ولا من خلال تسليط شخص آخر غيره كالطبيب مثلاً، لأن هذه الأعضاء كما هي الحياة في الشريعة الإسلامية ليست ملكاً خاصاً للمسلم فلا يملك إتلاف نفسه أو عضو من أعضاء جسمه، لأنها حق لبارئها شرط ألا يكون هناك مقصد شرعي يؤول إلى صيانة حق الحياة نفسها. وذلك عندما يكون أحد الأعضاء مصاباً بأفة يتوقع منها السراية وإضرار طبيب حاذق بضرورة البتر لقطع سرايته إنقاذاً لحياة صاحبه وجب مع هذه الحالة تسليط الطبيب على هذا القطع وإلا كان متسبباً في إهلاك نفسه^(١). يلحظ من ذلك أن الشريعة الإسلامية تحرم الاعتداء على الأعضاء الجسدية للإنسان. وأوضحت أحكامه بشكل تفصيلي وادخلوا فقهاء الشريعة هذه الأفعال ضمن الجنايات، والجناية يعرفها الفقهاء بأنها (التحدي على الإنسان بإزهاق روحه أو إتلاف بعض أعضائه أو أصابته بجرح في جسمه)^(٢).

فهناك الجناية على النفس والجناية على ما هو دونها ويدخل الاعتداء على الأعضاء الجسدية ضمن نطاق جناية ما دون النفس^(٣). وإن قطع أي عضو من أعضاء الجسم الظاهرة والباطنة هو يدخل ضمن الجناية على ما دون النفس. عليه ولمعرفة مدى انطباق فعل تغيير جنس الإنسان على جناية ما دون النفس لابد من معرفة أركان هذه الجناية للوقوف على تكييف هذه الواقعة وفق هذا الوصف وشم أيراد عقوبتها الشرعية.

أ. أركان جناية ما دون النفس

تقوم الجناية على ما دون النفس على ركنين ، ركن مادي و ركن معنوي .

١. الركن المادي

والمتمثل - بالفعل الذي يأتيه الجاني على جسم المجني عليه ويؤثر في سلامته الجسدية. ويستوي في ذلك الفعل الوسائل المستخدمة في فعل الاعتداء أو كان كذلك مباشراً أو بالتسبب، كما يمكن أن يكون بفعل مادي أو بفعل معنوي. ويلحظ أن الشريعة تشترط أن يؤدي الفعل إلى الاعتداء على السلامة الجسدية لا أن يتعدى إلى الحياة لأن ذلك يحولها إلى جناية على النفس .

^(١) د. هاشم سليمان الطعيمات - حقوق الإنسان وحرياته الأساسية - ط ١ - دار الشروق للنشر والتوزيع - عمان الأردن ٢٠٠١ ص ١١٦ .

^(٢) أبو بكر الجزائري - منهاج المسلم - كتاب عقائد وأداب وأخلاق وعبادات ومعاملات - مكتبة دار الجليل ١٩٩٣ ص ٥٤٩ .

^(٣) راجع للصفحة ٤٦ من الرسالة.

والمتمثل - بأن يكون الفعل الذي يأتيه الجاني متعمدا أي ان يصدر عن ارادة وان يكون ارتكابه بقصد العدوان، ويؤخذ الجاني بقصده الاحتمالي، ويسأل كذلك عن قصده غير المحدد، مع ملاحظة ان الشروع في الشريعة يعدّه فقهاء المسلمين جريمة تامة^(١). والجريمة التامة تستوجب العقاب المقرر للفعل الذي اتاه الجاني، لكن ما يهمنا ان الركن المعنوي المتمثل في التعمد وهو ان يصدر الفعل عن ارادة الجاني بقصد العدوان وان ما اشترطه فقهاء الشريعة لا يختلف عن القصد الجرمي الذي حددته القوانين الجزائية^(٢). إذ يوجه الفاعل ارادته الى ارتكاب الفعل هادفا الى تحقيق النتيجة التي وقعت او اية نتيجة جرمية اخرى^(٣).

ب. عقوبة الجنائية ما دون النفس

قررت الشريعة الاسلامية - نوعين من العقوبات على مرتكب جنائية ما دون النفس العمدية وهي اما ان تكون اصلية كالقصاص، واما ان تكون بديلة كالدية او التعزير. وعقوبة القصاص اذا انزلت بالجاني لا يجوز معها انزال عقوبة بديلة ولا يجوز كذلك الجمع بين العقوبتين، إذ لا يتم الحكم بالعقوبة البديلة الا اذا امتنع الحكم بالعقوبة الاصلية^(٤).

وعقوبة القصاص تجب فيما يتعمده الانسان من جرائم الجرح وقطع الاطراف على تقدير من قبل المشرع نفسه ووجبت حقا للمجني عليه او اوليائه. وما يكون موجبا في الاعتداء على أعضاء الانسان أو جرحه يسمى بالارش، باعتبار ان بعض الفقهاء يطلقون لفظ الدية على الدية الكاملة التي تجب في الاعتداء على النفس، وبعضهم يطلق الدية على ما يجب في الاعتداء على ما دون النفس من جرح أو قطع لبعض الأعضاء^(٥).

ويلحظ وجوب توافر شروط معينة والتي لا يجوز الحكم بالعقوبة ما لم تتوافر. وهي ان يكون الجاني عامدا وليس والدا للمجني عليه ويكون المجني عليه مكافئا للجاني في الاسلام والحرية فانه يقاد منه للمجني عليه^(٦). وفي موضوع استئصال الاعضاء الذكرية استئصالاً عمدياً

(١) د. عبد الخالق النولوي - المرجع السابق - ص ٤٣.

(٢) د. حسن عودة زغال - المرجع السابق - ص ٨٦.

(٣) انظر المادة ٣٣ / ١ من قانون العقوبات العراقي.

(٤) عبد الخالق النولوي - المرجع السابق - ص ٤٥.

(٥) د. عبد الكريم زيدان - العقوبة في الشريعة الاسلامية - ط ٢ - مؤسسة الرسالة - لبنان - ١٩٨٨ - ص ٤٧.

(٦) ابو بكر الجزائري - المرجع السابق - ص ٥٤٦ وكذلك انظر د. محمد شلال العاني - التشريع الجنائي الاسلامي دراسة

فإنها توجب الدية إذ أجمع أهل العلم في الشريعة على أن في الذكر الدية والامسكتان الدية^(١). ويستوي في ذلك الصغير منها والكبير وما للشيوخ والشباب سواء أكان يستطيع الجماع أم لم يكن قادرا عليه لأن فيهما الجمال والمنفعة فأن يكون بهما فكانت الدية^(٢). وإيانة الأطراف تطبق عليها العين بالعين والسن بالسن ويطبق القصاص بشروطه كما على إيانة الأطراف وكذلك الأمر بالنسبة للأعضاء الداخلية للجسم^(٣).

عليه فأن ما يؤدي الى فوات منفعة أي عضو سواء تم بالاعتداء العائد أم كان بالجرح كما في الاستئصال فإنه يوصف بجناية ما دون النفس ويكون موجبا للعقاب حسب ما تقدم.

ثانيا : الوصف القانوني لفعل التغيير

جرمت القوانين العقابية الاعتداءات الواقعة على جسم الانسان واعتبرتها جرائم مستقلة بنفسها، ومنها قانون العقوبات العراقي الذي نص على هذه الافعال بالتجريم. ووضعها فيه تحت عنوان جرائم الجرح والضرب والعنف واعطاء مادة ضارة، وبهذا يكون المشرع العراقي قد احاط جسم الانسان بالحماية من اجل المحافظة على اعضائه وعلى دوره الاجتماعي وذلك بالنص على جريمة العاهة المستديمة والافعال التي تؤدي الى احداثها. الامر الذي تنهض معها المسؤولية لتحملها الجاني، عليه سنبحث اركان جريمة احدث العاهة المستديمة لنرى مدى انطباقها على الفعل مع بيان عقوبتها.

أ. اركان جريمة احدث العاهة المستديمة

١. الركن المادي: يتحقق الركن المادي بتوافر ثلاثة عناصر هي :

فعل الاعتداء

يتمثل بالسلوك الخارجي لفعل الاعتداء على سلامة الجسم والتي استعمل المشرع للتعبير عنه ألفاظ الجرح والضرب والعنف وإعطاء مادة ضارة أو ارتكاب أي فعل آخر مخالف للقانون، فما هو المقصود بهذه الألفاظ، إذا ان تحديد معناها يتيح معه تحديد الافعال التي يقوم عليها الركن المادي لهذه الجريمة. ونركز فيها على الجرح لأن فعل التغيير يتحقق من خلال الجرح. وهذا يمثل أي مساس بمادة الجسم في جزئها الاساسي الذي يتكون من مجموعة من الانسجة ويؤدي الى تعريضها. وبعد متحققا بقطع الجلد سطحيا كان أم داخليا، وتستوي مساحة القطع للضئيلة والمستطيلة ولا يشترط معها انبثاق الدم خارج الجسم، إذ يكفي أن يكون داخليا كالنزيف الكروي نتيجة التمزق الداخلي لانسجة الجسم الداخلية^(٤).

(١) الاسكتان: هما الشفران الكبيران.

(٢) أبي محمد عبد الله بن أحمد المقدسي - المعني لابن قدامة - الجزء الثامن - المرجع السابق - ص: ٣٤.

(٣) د. حسن عودة زغال - المرجع السابق - ص: ٨٧.

(٤) د. محمود نجيب حسني - المرجع السابق - ص: ٤٣٢.

مما يعني ان الجرح ينصرف معناه الى القطع او التمزيق الذي يلحق بأي جزء من اجزاء الجسم والذي من شأنه ان يقود الى تغيرات مادية في النسيجة الجسم^(١).

ويستوي الأمر في أحداث الجرح دون الالتفات الى الآلة التي استعملت سواء كانت قاطعة بطبيعتها كالسكين وغيرها من الآلات المعدة لذلك ام غيرها كالالات الراضه، الا انها في النتيجة تؤدي الى حصول القطع كما يدخل ضمن معاني ومدلولات الجرح الرضوض والتسلخ والكسر وكذلك الحرق^(٢).

هذا فيما يخص الجرح كلفظ أورده المشرع في قانون العقوبات ، يتحدد بموجب معناه فعل الاعتداء في احداث العاهة وهذا ما يهتما في مجال البحث، اذ نكتفي بأيراده دون الالفاظ الاخرى (العنف واعطاء مادة ضارة والضرب) لانه لا يتصور معها وبموجبها احداث فعل التغيير اذ ان الاستئصال للاعضاء التناسلية الذكرية او الانثوية يمكن ان يتم فقط عن طريق القطع او الاستئصال كونه يعني الجرح الذي ذكره المشرع في مواد القانون. وهذا ما يجريه الجراح في هذه العملية الجراحية مع ملاحظة ان فعل الجراح هذا يكون خاليا من قصد العلاج فيكون خارج اطار الجراحات المصرح بها كفعل يقوم به المختصون من اهل الفن الطبي.

النتيجة الاجرامية

وهي تعد أثراً للسلوك الجراحي الذي قام به الفاعل وبها تتحقق صورة العاهة المستديمة. والقوانين اعطت صوراً لهذه العاهة (وهي ان ينشأ عن الفعل قطع او انفصال عضو من اعضاء الجسم او يتر جزء منه او فقد منفعة او أنقصها او جنون او عاهة في العقل او تعطيل احدى الحواس تعطيلاً كلياً او جزئياً بصورة دائمة او تشويه جسيم لا يرجي زواله او خطر حال عسى الحياة) على اثر ذلك فإن قطع عضو التناسل واستئصاله كلياً من قبل الجاني يجعله مسؤولاً عن هذه النتيجة وهي العاهة المستديمة.

وقطع عضو التناسل ، يقصد به اصابه الرجل بالعقم الدائم ويتم بفعل اعتداء يفضي الى استئصال القضيب او الخصيتين ويشمل هذا التعبير (قطع عضو او يتر جزء منه) ولا تحتمل هذه العبارة التي اوردها المشرع التفرقة بين الجنسين، على ان قطع عضو التناسل في القانون الفرنسي

(١) د. حسن صادق المرصفاوي - المرصفاوي - في قانون العقوبات الخاص - دار المعارف - الاسكندرية - مصر - ١٩٨٧ ص ٢٠٠.

(٢) د. ماهر عبد شويش - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - الطبعة الاولى - دار الكتب للطباعة والنشر - جامعة الموصل ١٩٨٨ ص ٢٢٣ - وللمزيد من الافادة انظر تفصيلاً د. محمد صبحي نجم - الجرائم الواقعة على الاشخاص - الطبعة الاولى دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - ١٩٩٤ ص ١٠٢.

إذا كان بفعل عمدي يعد من قبيل الاعمال البربرية الوحشية والتي يقتضي الحكم على مقترفها بالاعدام تطبيقاً للمادة ٣٠٣ من قانون العقوبات الفرنسي^(١).

لكن قد تثار إشكالية وهي إعادة الوضع إلى ما كان عليه سابقاً أو الاستعاضة عنه بغيره، بسبب تدخل العلم لتعويض الجسم عن العضو الذي تناقصت وظيفته، إذ إن الصعوبة تكمن في إمكانية إعادته أو إعادة منفعته كالاستعانة بمساعة بدلاً من الأذن الطبيعية، إذ إن التدخل الجراحي لا يرجع العضو المفقود أو منفعته بالقدر والكيفية التي كان عليه قبل الاعتداء فيبقى الفعل موصوفاً بالعامة^(٢).

وناسيماً على ذلك يمكن القول فيما يخص الحالة موضوعة البحث، أن الأثر المترتب على فعل الاعتداء والمتمثل بفقدان الأعضاء التناسلية ذكرية كانت أم أنثوية لا يمكن إعادة وظيفة هذه الأعضاء لحالتها الطبيعية ومعها لا يمكن الاستعانة أو الاستعاضة بغيرها ولا يمكن تصور ذلك عليه يبقى وصف الفعل بأن ما أحدثه التدخل الجراحي هذا هو عاهة مستديمة لا يمكن برؤها إلا إذا فاجأنا العلم بغير ذلك.

علاقة السببية

وهي العنصر الثالث من عناصر الركن المادي . إذ يجب أن تكون هناك علاقة سببية بين الفعل، فعل الاعتداء والنتيجة الجرمية التي وقعت ففي جريمة أحداث العاهة المستديمة يجب أن تتوافر علاقة السببية بين فعل الجراح الذي قام به والنتيجة التي تحققت وهي العاهة المستديمة مما يعني أن تنسب العاهة إلى السلوك . ويكون هناك رابطة بينهما كرابط العلة بالمعلول أو السبب بالمسبب^(٣). ينبني على ذلك إذا انتفت هذه الرابطة لا يكون الجراح أو الطبيب مسؤولاً عن العاهة كونها حصلت بسبب عامل آخر، عليه لكي يكون مسؤولاً عن العاهة يجب أن تتحقق الصلة بينها وبين سلوكه.

٢. الركن المعنوي:

يتعين توافر القصد الجنائي في جريمة أحداث العاهة المستديمة. فالقصد الجرمي في مثل هذه الحالة ينصب على علم الجاني بارتكاب الجريمة وبخطورة فعله فضلاً عن إرادته للفعل والنتيجة فالجاني يجب أن يكون عالماً بأن الفعل الذي ياتيه ينصب على جسم إنسان حي، فإن لم يكن كذلك فلا يكون القصد الجرمي متوافراً لديه. كالتبيب الذي يستأصل أحد أعضاء الجسم من

(١) د. حميد السعدي - ج ٣ - المرجع السابق - ص ٣٢٦.

(٢) د. حسن عودة زغال - المرجع السابق - ص ٧٠.

(٣) د. ضاري خليل محمود - البسيط في شرح قانون العقوبات - المرجع السابق - ص ٦٢.

شخص كان قد أغرم عليه معتقداً هذا الطبيب ان هذا الشخص ميت بناء على شهادة وفاة فانه لا يعد مسؤولاً عن جريمة عمدية ، على ذلك يتعين عليه ايضاً ان يكون مدركا لخطورة فعله وعلى حق المجني عليه في سلامة اعضاءه الجسدية مع وجوب ان يتوقع ان هذا الفعل سيؤدي للنتيجة المترتبة عليه وتتصرف ارادته الى فعل الاعتداء وقصده يكون منصرفاً الى احداث العاهة^(١). علماً بان المشرع العراقي لم يكتف بالقصد الجنائي العام في جريمة احداث العاهة المستديمة بل يجب ان يكون هناك قصد جنائي خاص وهو انصراف ارادة الجاني قصداً الى احداث العاهة المستديمة مما يعني اذا قصد الجاني منذ البداية فداء عين المجني عليه ونعمد ذلك فيكون قد توافر لديه قصد خاص منذ البداية مع القصد العام والذي يقتضي تشديد العقوبة بحقه. وهذه الحالة تختلف اذا كان قد قصد مجرد الجرح فنشأ عن فعله كلف بصر المجني عليه، إذ ان القصد في الحالة الاخيرة هو قصد عام^(٢). وبقي ان نذكر ان الفعل المؤذي الذي يرتكبه الجاني ضد سلامة جسم المجني عليه قد يترتب بعض النتائج ومنها قد ينتهي الامر بفعل الاعتداء الى الوفاة الامر الذي يوجب مسامحة الفاعل عن كل نتيجة تسببها بفعله طالما توافر لديه قصد الايذاء^(٣). مما يعني انه يمال عن قصده المباشر وكذلك الاحتمالي. هذا وان أي قضية تكون معروضة امام القضاء فيها من الظروف والملابسات الكثيرة التي تستدعي التمعن في وصف المادة التي تنطبق والحالة، وبالنتيجة فان ما يتم تطبيقه هي القواعد العامة في قانون العقوبات.

ب. العقوبة

بالرجوع الى قانون العقوبات العراقي نرى بان فعل الاعتداء الذي يقع بطريقة استئصال الاعضاء التناسلية الذكرية او الانثوية لا يحصل الا عن طريق القطع ويحتويه لفظ الجرح كما بين. والذي تم بموجبه احداث العاهة المستديمة من قبل الطبيب شريطة ان يكون الجاني قصد النتيجة التي وقعت، عليه فقد خصص المشرع عقوبة للعاهة المستديمة^(٤). وهي السجن مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة اذا كان الجاني قاصداً احداث العاهة. والعقوبة السجن مدة لا تزيد على سبع سنوات اذا نشأ عن الفعل عاهة دون ان يكون هناك قصد في احداثها. وفي الغالب ان ارادة الفاعل تكون قد اتجهت الى احداث العاهة المستديمة عن طريق الاستئصال كما وضح آنفاً.

(١) د. حسن عودة زغال - المرجع السابق - ص ٦٨.

(٢) د. حميد السعدي - ج ٣ - المرجع السابق - ص ٣٢٤.

(٣) د. حميد السعدي - ج ٣ - المرجع السابق - ص ٢٩٤.

(٤) د. انظر المادة ٤١٢ من قانون العقوبات العراقي .

ثالثاً: المسؤولية العمدية عن بعض الجرائم

هناك بعض الجرائم في المجال الطبي تتحقق عنها المسؤولية العمدية ويمكن ان تحصل خلال عمليات تغيير الجنس ومنها:

أ. الجرائم المتعلقة بالترخيص القانوني لمزاولة مهنة الطب

لكي يتم تمكين الطبيب من مزاولة نشاطه الطبي على جسم الانسان يجب ان يكون مرخصاً له بذلك طبقاً للقواعد والاورشاع التي نصمتها القوانين واللوائح الخاصة بممارسة مهنة التطبيب^(١). إذ ان الاصل في أي مساس بجسم الانسان (المجني عليه) يحرمه قانون العقوبات وقانون مزاولة مهنة الطب، ولكن يبيح القانون فعل الطبيب بسبب حصوله على اجازة علمية طبقاً للقواعد واللوائح. وهذه الاجازة هي اساس الترخيص الذي تتطلبه القوانين الخاصة بالمهنة والحصول عليها يكون قبل مزاومتها فعلاً. ويذني القول بان اساس عدم مسؤولية الطبيب استعمال الحق المقرر بمقتضى القانون. أي من لا يملك حق مزاولة مهنة الطب يسأل عما يحدثه بالغير من جروح وما اليها باعتبارها معدياً - أي على اساس العمد - ولا يعفى من العقاب الا عند قيام حالة الضرورة بشروطها القانونية^(٢).

والترخيص بمزاولة مهنة الطب قد يكون شاملاً لكل الأعمال الطبية وقد يكون مقتصراً على بعض منها ولا يؤثر في هذه المسؤولية ان يكون التدخل قد تم برضاء المريض نفسه وكان القصد من ورائه علاجه وشفاءه وان أضفى هذا العلاج الى نتائج لمصلحة المريض، وهو ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية، إذ يجب ان تتوافر في الطبيب الشروط المتطلبة لأجراء التدخل إضافة للترخيص الذي يصدر من صاحب الرعاية^(٣).

مما يترتب عليه في حالة تخلف شرط الترخيص القانوني او تجاوز الطبيب الحدود المسموح له بموجب هذا الترخيص يكون مسؤولاً طبقاً للقواعد العامة إذ انه حكم على شخص زعم كاذباً انه طبيب واقنع بالحيلة مريضاً بمسؤوليته العمدية جراء فعله هذا^(٤).

(١) راجع الصفحة ٨٩ من الرسالة.

(٢) قرار محكمة النقض المصرية ٢ مارس ١٩٨١ - ضمن ٢٢٦٠ لسنة ٥٠ ق، ص ١٩٦ والمشار اليه في المستشار احمد عبد الظاهر العليبي - المرجع السابق ص ١٣٧٧.

(٣) د. محمد عبد الوهاب الخولي. المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الاساليب المستحدثة في الطب والجراحة دراسة مقارنة ط ١ - ١٩٩٢ ص ١٢.

(٤) Country stanhope Kenny. Outlines of Criminal law. Combridge: 15th ed, london

at the University press 1936 - P. 181 المشار اليه في هدى ساتم محمد - المرجع السابق - ص ٨٩.

هذا ما تتطلبه القوانين للترخيص الا ان بعضها قد يورد استثناء عليه^(١)، وهو ان لطلاب الطب في السنتين الاخيرتين من سني الدراسة ممارسة التطبيب لدى احدى المستشفيات او العيادات لاغراض تدريبهم على ان يكون تحت اشراف طبيب، وكذلك السماح للطبيب غير المرخص اجراء عملية خاصة او تقديم مشورة وان لم يكن مرخصا. اذ ان ذلك يجعل من هؤلاء خارج الضوابط وسواهم يقع تحت طائلة المسؤولية العمدية وفق ما تقدم . مع ملاحظة تحقق مسؤولية الطبيب عن مزاوله المهنة الطبية بدون ترخيص ببقية مسؤولا عن الايذاء الحاصل نتيجة للتدخل الجراحي ايضا لانه في حقيقة الامر هناك جريمة اخرى تحققت بكامل اركانها يعاقب عليها القانون^(٢). لانها نتيجة للنشاط الطبي الذي اتاه الجاني، اذ تسبب بنتائج ضارة بالمريض. وان تحققت للاخير اهداف العلاج وهي الشفاء.

ب. الجرائم المتعلقة برضا المريض

ورضا المريض يمثل أحد شروط إباحة النشاط الطبي لعمل الطبيب ومن في حكمه على جسم المريض^(٣). ويشترط فيمن يصدر الرضا عنه ان يكون ذا أهلية^(٤)، ومعيار توافرها ان يستطيع المجني عليه فهم طبيعة ما يرضى به من أفعال وتقدير أثارها مع ان يكون فعلاً ومؤثراً حراً وحقيقياً. وان لا يكون الرضا صادراً عن اكراه أو خداع أو غلط أو أي سبب اخر من شأنه ان يعيب أو يعدم الاختيار^(٥).

كما يجب ان يصدر الرضا عند وقوع الفعل او قبل وقوعه مع ضرورة بقائه الى حين وقوعه كونه هنا سبباً للإباحة^(٦).

ولكي يكون كذلك يجب ان يكون موضوع الرضا مشروعاً مما يعني اذا كان التدخل الطبي يخالف النظام العام والاداب الحسنة فانه يتجرد عن المشروعية، وأعمالاً لسذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بان الرضا لا ينفي الصفة غير المشروعة للعمل الطبي^(٧).

(١) راجع المادة ٥٩/١ من قانون الصحة الارمني رقم ٢١ لسنة ١٩٧١.

(٢) تنص المادة ١٤١ من قانون العقوبات العراقي على (اذا كون الفعل الواحد جرائم متعددة وجب اعتبار الجريمة التي عقوبتها اشد والحكم بالعقوبة المقررة لها ولذا كانت العقوبات متماثلة حكم بأحداها) .

(٣) راجع الصفحة ٨٩-٩٢ من الرسالة.

(٤) سن الأهلية في القانون العراقي هو ثمانية عشر سنة انظر المادة ١٠٦ من القانون المدني العراقي وهو يعتبر سن الاعضاء بالرضا.

(٥) د. ضاري خليل محمود - الرضا المجني عليه في المسؤولية الجزائية . ط ١ - دار القاسية للطباعة - ١٩٨٢ ص ٤٨.

(٦) د. اكرم نشأت ابراهيم - القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن - ط ١ - مطبعة اللبيان - ١٩٩٨ ص ١٦٧.

(٧) نقض جنائي فرنسي ١ - ٧ - ١٩٣٧ - سيري ١٩٣٨ - ١ - ١٩٣٨ والمشار اليه في د. محمد عبد الوهاب الخولي - المرجع السابق ص ١٩.

وان الشائع عمليا يتم تسجيل رضا المريض عند إجراء العمليات الجراحية على ورقة وتمثل هذه ملف الطبيب ويطلق عليها (الطبعة). ويكون عند إجراء العملية ويؤخذ الرضا من المريض نفسه او من ممثله قانونا ان كان غير قادر على ذلك ، وبشأن تخلفه تتحقق المسؤولية العمدية وهو ما ذهب اليه اغلب الفقهاء^(١).

ويستثنى من ذلك الحالات العاجلة والتي يمكن اجراؤها بغير رضا وقد نوهنا عنها.

ج- الجرائم المتعلقة بمخالفة النظام العام

ومنها - جرائم الاخصاء والعقم الاصطناعي:

سبق وان اشرنا الى قوانين تنيح الاخصاء والعقم والتي اباحت ضمناً عمليات تغيير جنس الانسان^(٢). الا ان هناك قوانين اخرى لا تنيح هذه الافعال وتعتبرها محرمة ، ذلك لان الوظيفة الجنسية هي صورة من نشاط الانسان الجسدي والطبيعي وهي كاي وظيفة بيولوجية اخرى بحاجة الى حماية جنائية، عليه فليس لاي كائن ان يجعلها عاجزة عن اداء عملها الطبيعي او ان يكون سببا في نضوب معينها سواء بالاخصاء او العقم^(٣).

ومن ذلك ايضا فقد حرمت الشريعة الاسلامية جميع الوسائل التي تؤدي الى قطع التناسل ومنها التعقيم الذي يراد به التأثير على الجهاز التناسلي للرجل او المرأة بما يؤدي الى فقدان صلاحية الانجاب والتناسل، اذ ان شريعتنا الغراء امرت المسلمين وحضتهم على ان من مقاصد الزواج هو الحفاظ على النوع الانساني وبالتالي لا يجوز اهداره لتعارضه ومقاصد الشريعة بوصف ان ذلك من الضرورات الخمسة^(٤).

ومن هذه القوانين قانون العقوبات الفرنسي الذي يعد قطع عضو التناسل من قبيل الاعمال الوحشية اذا حدث بتعمد من الجاني^(٥). وكذلك ذهب القضاء الفرنسي الى مساءلة الطبيب بعذه عامدا عندما يقوم بعملية جراحية لامرأة يستاصل بها مبايض التناسل لديها بغير مقتضى ولو كان

(١) تقض جنائي فرنسي ١ - ٧ - ١٩٣٧ - سوري ١٩٣٨ - ١ - ١٩٣٠ والمشار اليه في د. محمد عبد الوهاب الخولي - المرجع السابق ص ١٩.

(٢) هدى سالم محمد - المرجع السابق - ص ٦٥.

(٣) راجع الصفحة ٨٠ من الرسالة.

(٤) حميد السعدي و عامر عبيد المساي - المرجع السابق - ص ١٤٣.

(٥) د. عامر قاسم احمد القيسي - مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الصناعي - دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الاسلامي - ط ١ - الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان الاردن - ٢٠٠١ - هامش ص ٣٥ و ٣٦.

(٦) انظر المادة ٣٠٣ من قانون العقوبات لفرنسي والمشار اليه في د. حميد السعدي - جرائم الاعتداء على الاشخاص ج/٣ - المرجع السابق - ص ٢٦٦ والمشار اليها سابقا .

ذلك بناء على طلبها^(١). وكذلك هناك من القوانين فيها ما يفهم ضمناً ان الاخصاء والعقم فعسل
يجرمه القانون كقانون العقوبات الليبي الذي ينص في المادة ٣/٣٣١ على معاقبة الإيذاء الخطير اذا
نشا عن الفعل المكون للجريمة فقدان المجني عليه القدرة على التناسل، وفقدان المجني عليه لهذه
القدرة تجعله ولا شك عقيماً او مخصياً. وكذلك الحال بالنسبة للقوانين العقابية التي اوردت صوراً
للعاهة المستديمة المتمثلة بالتشويه الجسيم للاعضاء او فقدان احداها وبتره كلا او جزءاً^(٢). فسان
ذلك ينصرف الى معنى الاخصاء كونه جعل من المجني عليه عقيماً اذا قام بهذه الافعال طبيياً
وادى فعله الى فقدان المجني عليه او عليها عضوه او عضوها التناسلي مما يفقدونها القدرة على
التناسل.

المطلب الثاني

مسؤولية الاشخاص المعنوية

الشخصية المعنوية تعرف بانها مجموعة أشخاص تستهدف تحقيق غرض مشترك او
مجموعة من الأموال تخصص لغرض معين ويعترف القانون لهذه المجموعة بالشخصية القانونية
المقررة للأفراد فتصبح اهلاً لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات وينظر اليها ككثرة مجردة من
الاشخاص الأدميين عن العناصر المكونة لها^(٣).

ولكون ان اللياقة الصحية الكاملة سواء بدنياً او عقلياً او اجتماعياً حق تكفل به المجتمع
وعلى الدولة توفير مستلزمات التمتع بهذا الحق وذلك لتمكين المواطن من المشاركة في بناء
المجتمع وتطويره^(٤). وقد اهتمت وزارة الصحة العراقية بموجب قانون الصحة العامة باتخاذ
الاجراءات اللازمة بغية انجاز المهام الموكلة اليها بشكلها الكامل، منها تأسيس وإدارة المؤسسات
والمراكز الصحية وتطويرها في جميع انحاء القطر العراقي، فهناك مؤسسات صحية علاجية تابعة

(١) نقض جنائي فرنسي ٩٣٧/٢/١ سيري ١٩٣٨/١/١٩٣ والمشار اليه في د. كامل السعيد - الاحكام العامة للجريمة في
قانون الاردني/ دراسة تحليلية مقارنة / ط ١ - المؤسسة للصحية الأردنية الراي - بدعم من الجامعة الأردنية / ١٩٨١
ص ١٥٣.

(٢) انظر المادة ٤١٢ من قانون العقوبات العراقي والمادة ٣٣٤ من قانون العقوبات الاردني.
- ويلاحظ ان قانون العقوبات البغدادي الملغى قد نص صراحة على صور الإيذاء المقصود ومنها كان قطع عضوه
انتناسلي، والذي يفقد به حرمان المصاب من ان يكون له القدرة على ممارسة العملية الجنسية وهذه تؤدي بدورها الى
عدم القدرة على الاخصاب ومن ثم يصبح معيماً عقيماً، عليه يكون المقصود بقطع عضو التناسل للعقم الدائم والذي
يحصل باستئصال قصيب الرجل او خصيتيه - للمزيد من التفصيل انظر - علي السماك - الموسوعة الجنائية في
القضاء الجنائي العراقي ط ١ - الجزء الرابع - مطبعة الارشاد - بغداد - ١٩٦٦ - ص ١٨٠.

(٣) د. محمد يعقوب السعيد - نظرية الشخصية المعنوية - مجلة القضاء - العدد ٣ السنة ٣١ - ١٩٧٦ - ص ١٤.

(٤) انظر المادة الاولى من قانون الصحة العامة العراقي.

للدولة تعمل على تقديم الخدمات الصحية العلاجية المتكاملة الى المرضى الراغبين فيها. وكذلك لمراجعي العيادات الخارجية وتطوير هذه الخدمات بالفحص والتشخيص والعلاج بشكل يواكب التطورات العلمية الحديثة. هذا فيما يخص المؤسسات الصحية التابعة للدولة اضافة لذلك هناك مؤسسات صحية غير حكومية اذ ين قانون الصحة اجاز افتتاح مستشفى اهلي وفقا لضوابط معينة حددت الكيفية التي يتم من خلالها وبعد توافر شروط معينة منح اجازة افتتاح مستشفى خاص^(١). من خلال ذلك ولتحديد مجال البحث، يتبين ان هناك مؤسسات صحية تابعة للحكومة (المستشفيات العامة) واخرى غير حكومية (المستشفيات الخاصة او الاهلية). وللتقدم العلمي في مجال الطب الجراحي وما يستخدمه الجراح او الطبيب من آلات معينة وغرف عمليات وادوية وما الى غير ذلك من الاستخدامات الطبية الاخرى في هذا المجال توفر له من قبل هذه الجهات. والتي يثار معها التساؤل عن مدى امكانية مسائلة هذه الجهات عما يرتكبه الاطباء والجراحين من أخطاء جراء ممارستهم لانشطتهم الطبية في هذه المؤسسات ؟ مما يتطلب تحديد مسؤولية هذه الاطراف من الناحية الجنائية وبخاصة في مجال تغيير الجنس وقبلها سائر الاسس الفكرية لمسؤولية الشخصية المعنوي وبعدها سائر مسؤوليات المستشفيات الحكومية والخاصة وذلك في فرعين متاليين.

٢٠٠١٢٢

الفرع الاول

الاسس الفكرية لمسؤولية الشخص المعنوي

ساد الفقه نظريات عدة لتحديد اسس مسؤولية الشخص المعنوي الجنائية وكان اهمها نظريتان رئيسيتان كانتا الاكثر شيوعا وانتشارا وهي نظريتي الحقيقة والافتراض. النظرية الاولى - نظرية الحقيقة.

يرى انصارها ان هناك تماثلا تاما بين الشخص المعنوي والشخص الطبيعي من الناحية البيولوجية والقانونية، اذ ان الشخص الطبيعي عبارة عن رأس وعقل وأصابع يستخدمها في حياته فان الشخص المعنوي ايضا له رأس يتمثل في مديره وعقل يتمثل في مجلس ادارته واصابع هم عماله وموظفوه وهؤلاء لا يتحركون الا من قبل الجهاز المحرك والمسيطر على الجسم وهو العقل، اذن الشخص المعنوي له قدرة التعبير عن ارادته وارادة ممثله هي ارادته. ومن ثم فهو يستطيع ايضا ان يقاضي ويقاضى. هذا وان حقوقه وحرياته مخلوقة بقانون وكذلك الشخص الطبيعي اذ ان الاخير عندما يرتكب جريمة فانه يحرم من هذه الحقوق والشخص المعنوي يحرم

(١) انظر المواد ٧٩ و ٨٣ من قانون الصحة العراقي.

منها مؤقتاً كالوقف ومزبداً كالحل وخلاصة النظرية تقوم على قاعدة من يعمل بواسطة الغير يعمل بيده^(١).

يترتب على ذلك ان الشخص المعنوي هو شخص حقيقي وفقاً لهذه النظرية واهلاً لاكتساب الحقوق والالتزامات والواجبات ولا يستطيع ممارسة هذه الاهلية الا بواسطة شخص آدمي يمثلها ويعمل باسمه. والشخص المعنوي هنا لا يوجد الا بتوافر ثلاث عناصر وهي وجود مصالح مشروعة أي جديرة بحماية القانون وتصبح بموجب هذه الحماية حقوق . وكذلك ان نظام هذا الشخص يسمح بتحديد القدرة الارادية التي تملك الافصاح عما تقتضيه هذه المصالح كما تملك القدرة على مباشرة التصرفات القانونية. الشخص المعنوي وان لم تكن له ارادة تفصح عن مصالحه فان نظامه الاساسي يكفل تحديد المديرين والممثلين الذين تكون لهم سلطات التعبير عما تقتضيه مصالحه من تصرفات. اما العنصر الاخير يتمثل بضرورة اعتراف الدولة بالشخص المعنوي وهي كنظرية نجدها راجحة في الوقت الحاضر^(٢).

اذن اساس المسؤولية الجنائية وفقاً لنظرية الحقيقة يقدم تبريراً لكل المشاكل القانونية التي تعترض المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي من الناحية المادية وايضا المعنوية، إذ ان الاتجاه التشريعي الحديث لا يقصر مفهوم الفاعل الاصلي على مرتكب السلوك المادي للجريمة بل يشمل كل من حضر مسرح الجريمة ويسأل المحرض الذي يبيت الفكرة الاجرامية لدى الفاعل الاصلي دونما ارتكاب منه للسلوك المادي، وكذلك الامر الفاعل المعنوي الذي يستخدم اشخاص غير مسؤولين جزائياً دون ان يرتكب السلوك المادي. ونفس الحال في جرائم الامتناع فان مسؤولية الشخص المعنوي لا تخرج عن هذا المجال فهو ملتزم قانوناً بالاشراف والرقابة على تابعه اثناء عمله، إلا انه لم يفعل شيء حتى حدثت الجريمة من جراء امتناعه. اما الناحية المعنوية المتمثلة بالقصد الجنائي فهذه الفكرة لا تخرج عن اما ان يقوم بالتحريض، واما ان يعلم بقصد الفاعل وكان باستطاعته منعه، او انه لم يحرض أو يعلم بأمر الجريمة إلا انه كان في استطاعته العلم بها ومنعه عنها ويتوافر هنا في حقه الخطأ^(٣).

هذا وقد لاقت هذه النظرية معارضة استندت على الحجج التالية:

١. ليس للهيئات المعنوية ارادة خاصة ولا معنى للخطأ بدون ارادة، فمن ليس له ارادة خاصة لا يخطئ وتبعاً لذلك يجب ان لا يسأل.

(١) د. عبد الوهاب عمر البطراوي - الاساس الفكري لمسؤولية الشخص المعنوي متنبأً وجنائياً - دراسة مقارنة - بحوث جنائية مقارنة بالفقه الاسلامي - قدمت لمؤتمرات دولية ومحلية - الطبعة الرابعة - البحث العاشر - ١٩٩٩ - ص ٥١.

(٢) د. محمد يعقوب السعيد - المرجع السابق - ص ٢٢-٢٣.

(٣) د. عبد الوهاب عمر البطراوي / الاساس الفكري لمسؤولية الشخص المعنوي متنبأً وجنائياً / المرجع السابق - ص ٥٢ و ٥٤.

٢. لا وجود للهيئات المعنية ولا قدرة لها الا ضمن نطاق تنفيذ رسالتها، وتنفيذ هذه الرسالة لا يقتضي استخدام الاجرام كوسيلة، ولذلك كانت هذه الهيئات غير قادرة على الاجرام وانما يجرم من يشرف عليها.

٣. ان فرض العقوبات على الاشخاص المعنية سوف يطل كل الاعضاء حتى الذين لم يعلموا بها او حتى من عارضوا ارتكابها، ومثل هذا الامر يخل بمبدأي شخصية المسؤولية وشخصية العقوبة.

٤. ان من يتفحص العقوبة التي جاء بها قانون العقوبات ليجد بكل وضوح انه اراد ازلها بحق الاشخاص الطبيعيين فقط لا المعنويين. واذا طبقت على الاشخاص المعنية فقت كل معنى لها، فكيف يتصور اعدام هيئة معنوية او حبسها بالمعنى القانوني للاعدام او الحبس معاً^(١). النظرية الثانية - نظرية الافتراض.

ذهبت هذه النظرية الى ان الشخص المعنوي من حيث الواقع شخص مفترض او خيالي املته للضرورة عكس الشخص الطبيعي المكون من اللحم والدم، وهما يختلفان من حيث للقانون، فالقانون يعد طبيعة كاشفة لدى الشخص الطبيعي الا ان هذه الطبيعة منشئة للشخص المعنوي واذا كان القانون يستند باعترافه للشخص المعنوي على الضرورة. فلكل الضرورة تتطلب مساءلته عن جريمة تابعه وهي حالة من حالات المسؤولية عن فعل الغير. اما اساس المسؤولية وفقاً لنظرية الافتراض فان الشخص المعنوي يسأل عن الجريمة مسؤولية غير مباشرة لانه يسأل عن خطأ تابعه وهو خطأ غير مباشر ولانه مهد للجريمة امام تابعه او بسبب عدم إحكامه الرقابة او باستخدام التابع لوسائل وادوات الشخص المعنوي في ارتكابه الجريمة، وبسبب عدم تطابق الشخصيتين فلا يسأل عن الخطأ وكأنه حدث منه شخصياً^(٢). هذا وقد رفض المؤيدين لمسؤولية الاشخاص المعنية حجج المعارضين لها وتمثلت بجملة امور منها ان علماء الاجتماع اثبتوا ان للاشخاص المعنية ارادة مستقلة عن ارادات الافراد المكونون لها. اضافة لذلك ان فرض العقاب لا يؤدي الى الاخلال بمبدأ شخصية العقوبة، لانه لا يتحقق الا اذا وقعت العقوبة مباشرة على غير المسؤول عن الجريمة، اما اذا وقعت عليه وتعدت اثارها الى اشخاص يرتبطون به فلا اساس بمبدأ شخصية العقوبة، وان مبدأ التخصص لا يرسم حدود الوجود القانوني للشخص المعنوي وانما

(١) د. كامل السعيد - شرح قانون العقوبات الاردني الدولي رقم ٨٦ لسنة ٢٠٠١ - المرجع السابق - ص ١٦ والمزيد من التفصيل انظر د. توفيق الشاوي - محاضرات عن المسؤولية الجنائية في التشريعات العربية - جامعة الدول العربية - معهد الدراسات العربية العالية ١٩٥٨ ص ١٢٩.

(٢) د. عبد الوهاب عمر البطراوي - الاساس الفكري لمسؤولية الشخص المعنوي منياً وجنائياً - المرجع السابق -

يرسم حدود النشاط المصرح له به، فإذا جاوز مجال اختصاصه فما زال له وجود ولكن بعد نشاطه غير مشروع ومن ثم تتعقد مسؤوليته^(١).

هذا ولوجاهة حجج المؤيدين لمسائلة الشخص المعنوي ادى الامر الى ان تأخذ اغلب التشريعات بنظرية الحقيقة^(٢). ومنها قانون العقوبات العراقي ففي المادة ٨٠ منه اقر بمسؤولية الاشخاص المعنوية الجزائية عن الجرائم التي يرتكبها ممثلوها أو مديروها أو وكلاؤها لحسابها أو اباسمها على ان لايجوز الحكم عليها بغير الغرامة والمصادرة والتدابير الاحترازية المقررة قانوناً^(٣).

والى نفس الاتجاه ذهب القضاء العراقي عندما قررت محكمة جنابات الكرادة بصفتها التمييزية بان (الاشخاص المعنوية وفقاً للتشريع العراقي عدتهم وعينتهم المادة ٤٧ من القانون المدني وقد اشترط قانون العقوبات العراقي ١١١ لسنة ١٩٦٩ لمسائلة الاشخاص المعنوية جنائياً طبقاً للمادة ٨٠ عقوبات شرطان الاول ان للشخص كما لو كان مديراً له او ممثلاً عنه او وكلاً من وكلائه اذ المهم ان يكون مرتكب الجريمة من ذوي الصفة القانونية للشخص المعنوي^(٤)).

وكذلك بالنسبة لقانون العقوبات الاردني^(٥). اقر بمسؤولية الهيئات المعنوية. وبذلك تكون قد حسمت هذه القوانين مسألة تاريخية كانت محل خلاف الى زمن قريب، اذ كانت تسال الهيئات المعنوية جزائياً في الازمنة القديمة وحتى اواخر القرون الوسطى ثم لم تعد تسال جزائياً عن اعمالها غير ان قضية مسائلتها جزائياً عن جرائم مقصودة وغير مقصودة عسادت من جديد واكتسبت شكلاً جديداً وجدياً^(٦).

وبذلك فإن هذه القوانين ومنها قانون العقوبات العراقي قررت وبمقتضى قاعدة عامة مسائلة الشخص المعنوي مستندة بذلك على مبدأ تشخيص الشخصية المعنوية، إذ تضمن النص العراقي مثلاً ان الاشخاص المعنوية مسؤولة جزائياً . ويتم معاقبتها بالغرامة والتدابير الاحترازية

(١) د. كامل السعيد - شرح قانون العقوبات الاردني المعدل رقم ٨٦ لسنة ٢٠٠١ - المرجع السابق ص ١٧

(٢) منها قانون العقوبات السوداني المادة ٩ والقطري المادة ٢

(٣) انظر المادة ٨٠ من قانون العقوبات العراقي.

(٤) راجع قرار محكمة جنابات الكرادة بصفتها التمييزية ذي الرقم ١٢٠ /ت/ ١٩٨٥ في ٢٠/١١/١٩٨٥ والمشار اليه في مجلة القضاء العدد الاول - السنة الحادية والاربعون - ١٩٨٦ - ص ٩.

(٥) انظر المادة ٢/٣٤ بنصها الجديد الذي ورد في القانون المعدل رقم ٨٦ /٢٠١١ من قانون العقوبات الاردني .

(٦) د. كامل السعيد - شرح قانون العقوبات الاردني المعدل رقم ٨٦ لسنة ٢٠٠١ دراسة تحليلية - المرجع السابق -

والمصادرة وفي الوقت الذي يسأل فيها الشخص المعنوي وفق ما تقدم فإن آثار الدعوى الجزائية تسري على ممثله أو عامله ويعاقب كلا منهما بالعقوبات حسب طبيعة كل منهم.

الفرع الثاني

مسؤولية المستشفيات

باعتبار أن المستشفيات بصفة عامة تتمتع بموجب القوانين بالشخصية المعنوية^(١). لا بد ابتداء معرفة ما المقصود بالمستشفى إذ تعرفه بعض القوانين^(٢). بأنه بيت للنقاها أو دار للمريض أو كل محل يستعمل أو معد لقبول الأشخاص المصابين بأي مرض أو اذى جسماني أو عاهة جسمانية أو عقلية أو قبول النساء من معالجة أو تمريض لهؤلاء الأشخاص بامر أو بدونه. وتعمل هذه الدوائر على تقديم الخدمات الصحية العلاجية المتكاملة الى المرضى الراقدين فيها^(٣). وان هذه الخدمات الصحية تقدم من قبل طاقم عمل متكامل في هذه المستشفيات ويطلق قانون العقوبات العراقي على هؤلاء الأشخاص بالمكلفين بخدمة عامة^(٤).

وقد بين سابقاً أن المستشفيات تكون إما حكومية ممثلة بالمستشفيات التابعة للدولة والمملوكة لها أو تكون غير حكومية وهي تلك المستشفيات التي يملكها الأفراد أو الجمعيات وتكون ممثلة بالمستشفيات الخاصة (الأهلية). لذلك سأتناول موضوع المسؤولية الجزائية المترتبة على تلك الهيئات جراء ارتكاب موظفيها والعاملين فيها بأسمها ولحسابها أفعال يعاقب عليها القانون. كما في تغيير جنس الإنسان وسأخصص فقرة لكل منها.

أولاً : المستشفيات الحكومية.

تعد المستشفيات الحكومية من مصالح الحكومة والمملوكة لها وضمن دوائرها الرسمية وهي بذلك تكون خارج إطار المسؤولية الجزائية. فقد تم استثناء ((مصالح الحكومة ودوائرها الرسمية وشبه الرسمية)) بموجب نص المادة ٨٠ من قانون العقوبات العراقي - الشق الأول منها. بذلك نجد أن المشرع العراقي قصر مسائلة الشخص المعنوي جزائياً على الأشخاص المعنوية الخاصة طبقاً لنص المادة المذكورة آنفاً.

(١) انظر المادة ٤٧ من القانون المدني العراقي ذي الرقم ٤٠ لسنة ١٩٥٦ والتي لوردت وعينت الأشخاص المعنوية في القانون العراقي.

(٢) انظر المادة ١٦ من قانون الصحة العامة الاربني ذي الرقم ٢١ لسنة ١٩٧١.

(٣) انظر المادة ٧٩ من قانون الصحة العامة العراقي ..

(٤) انظر المادة ٢/١٩ من قانون العقوبات العراقي والتي نصت (٢-٢) -المكلف بخدمة عامة : كل موظف أو مستخدم أو عامل أنيطت به مهمة عامة في خدمة الحكومة ودوائرها الرسمية وشبه الرسمية والمصالح التابعة لها أو الموضوعه تحت رعايتها وعلى العموم كل من يقوم بخدمة عامة باجر أو بغير اجر.

وبعلل بعض الفقهاء هذا الاستثناء الذي أورده المشرع لسبب أن الأشخاص المعنوية هذه تكون مكلفة بإشباع حاجات عامة. وإن تعطيل هذه الأشخاص معناه التأثير على حاجات الناس وهي من الضروريات التي لا يمكن الاستغناء عنها فلا مجال للاستغناء عن الحاجة إلى العلاج مثلاً^(١).

ألا إن هذا الاستثناء لا يمنع مسائلة مرتكب الفعل المجرم جزائياً إذا ارتكب من قبل ممثلي الشخص المعنوي أو مديروها أو وكلاؤها وكان ذلك لحسابها أو باسمها. طالما إن هذا الشخص ارتكب الفعل عن وعي وارادة وعلم بكافة عناصر الجريمة، ويحمل في نفسه القصد الجرمي المتمثل باتجاه أرائته إلى ارتكاب الفعل وأحداث النتيجة أو أية نتيجة جرمية أخرى. والحكم يكون على ممثل الشخص المعنوي بصفته الوظيفية لا الشخصية^(٢).

عليه فتتحقق مسؤولية الفاعل عن الجريمة وفق القواعد العامة وفقاً لما تقدم، أما العقوبة فلا تمتد إلى الشخص المعنوي إذ أنها تقرر بحق الطبيب أو الجراح ومن في حكمهم إذا قام أحدهم أو مجموعة منهم بأجراء عملية جراحية أو علاجية مخالفة لأحكام القانون أو مخالفة للتعليمات والضوابط الصحية الخاصة بأجرائها وذلك للاستثناء المتقدم ذكره، عليه فإن مرتكب الجريمة شخصياً يعاقب بالعقوبات المقررة للجريمة في القانون، والأمر نفسه لا يمنع معاقبة الأشخاص الذين يعملون معه في المستشفى إذا توافرت بحقيق شروط الاشتراك في الفعل المجرم قانوناً.

ثانياً: - المستشفيات الخاصة (الأهلية).

تعد المستشفيات الخاصة أو الأهلية مؤسسات صحية غير حكومية فقد أجاز قانون الصحة العامة العراقي افتتاح مستشفى أهلي وفقاً لضوابط معينة حددت الكيفية التي يتم بموجبها وبعد توافر شروط معينة منح أجازة افتتاح مستشفى على أن يتم تشكيل مجلس إدارة يشرف على شؤون المستشفى، وتحدد وزارة الصحة العراقية كيفية تكوينه ومهامه على أن تمثل الوزارة فيه^(٣). كونه من المصالح الموضوعة تحت رقابتها^(٤). عليه بما أن هذه الهيئات من المصالح الموضوعة تحت رقابة الحكومة وليس من مصالح الأخيرة ولا من نواتجها الرسمية وشبه الرسمية، فأنها بذلك تعتبر المقصودة بالمصاعلة الجزائية طبقاً لنص المادة ٨٠ من قانون العقوبات. فتكون مسؤولة جزائياً عن الجرائم التي يرتكبها ممثلوها أو مديروها أو وكلاؤها لحسابها أو باسمها، عليه فإن مسؤولية

(١) د. كامل السعيد - شرح قانون العقوبات الأردني المعدل رقم ٨٦ لسنة ٢٠٠١ - المرجع السابق ص ٢٤.

(٢) قرار محكمة التمييز ٤٩ و ٥٠/ هيئة عامة - ثانية/ ٧٣ في ١٩٧٣/٤/٢٨ - لمشار إليه في . إبراهيم الشاهدي

المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز - القسم الجنائي - مطبعة الجاحظ - بغداد - ١٩٩٠ - ص ٢٣٩.

(٣) انظر المواد ٨٣ و ٨٤ من قانون الصحة العامة العراقي.

(٤) انظر المادة ١٩ من قانون العقوبات العراقي.

الأشخاص المعنوية الجزائية تتعقد شريطة أن ترتكب الجرائم باسم الهيئة أو بإحدى وسائلها، مما يعني إن الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات يمكن أن تُسند إلى الشخص المعنوي إذا تحقق هذان الشرطان، عليه إذا قدم الطبيب أو الجراح على الفعل المجرم واتجهت أرائه إلى إحداث النتيجة التي قصد أحداثها وهو يعلم ماهية فعله وخطورته على الحق الذي يبغى الاعتداء عليه وهو الذي اسماء التصرف في الوسائل التي توجد لدى الشخص المعنوي لاحتداث الضرر بالغير وقام بهدر الحقوق التي أضفى المشرع الجنائي الحماية عليها. الأمر الذي يجعل من أسباب المسؤولية متوافرة في كل من مرتكب الجريمة والشخص المعنوي أيضاً، لأن الفعل الجرمي هذا إنما تم من قبل هؤلاء باسم الشخص المعنوي وبالوسائل المتوفرة فيها وبالأاليب المستمدة من نشاطها عليه انعقدت مسؤولية الأشخاص الطبيعيين والمعنويين فادى الأمر هذا بأن يكون العقاب بالمواخاة لمدير الشخص المعنوي وأعضاء إدارته وممثليه الذين يرتكبون فعلاً جرمياً معاقباً عليه^(١). أنن ممكن أن تتحقق في الأشخاص المعنوية شروط الاشتراك في الجريمة، فإذا افترضنا أن عملية جراحية كعملية تغيير الجنس قد تمت في أحد المستشفيات الخاصة من قبل أحد الأطباء أو الجراحين وتحققت شروط الاشتراك المنصوص عليها في القانون وهي وقوع الفعل المكون للجريمة وحصول الاشتراك بإحدى الطرق المبينة في القانون^(٢). وإن يكون هناك قصد جنائي لدى مرتكبها مع توفر العلاقة بين فعل الاشتراك والفعل المكون للجريمة فإن مسؤولية الشخص المعنوي تتعقد ويستحق معها العقوبة. بقي أن أشير إلى العقوبة التي يرتبها القانون على الشخص المعنوي التي تتلائم وطبيعته، حيث نصت المادة ٨٠ من قانون العقوبات على أنه لا يجوز الحكم عليها بغير الغرامة والمصادرة والتدابير الاحترازية المقررة للجريمة قانوناً، فإذا كان القانون يقرر للجريمة عقوبة أصلية غير الغرامة أبدلت بالغرامة. وعلى ذلك سارت محكمة التمييز في العراق عندما قررت "لا يجوز الحكم على الشخص المعنوي بالحبس كعقوبة أصلية أو بديلة"^(٣).

ومن العقوبات التي يمكن أن تحكم بها المحكمة على الشخص المعنوي هي المصادرة وتكون عند الحكم بالإدانة في جنابة أو جنحة وتقرر مصادرة الأشياء المضبوطة التي تحصلت من الجريمة أو التي استعملت في ارتكابها أو التي كانت معدة للاستعمال فيها دون الإخلال بحقوق

^(١) الفصل جزائي سوري فرار ١٩٢٣ - بتاريخ ١٩٩٥/٨/١ والمشار إليه في د. كامل السعيد - شرح قانون العقوبات الأردني المعدل رقم ٨٦ لسنة ٢٠٠١ - المرجع السابق - ص ٢٢.

^(٢) انظر المادة ٤٨ من قانون العقوبات العراقي.

^(٣) قرار محكمة تمييز العراق ١٣٥١/١/تميزه/٧٢ بتاريخ ٧٣/١/٢٤ المشار إليه في إبراهيم المشاهدي - المرجع السابق -

الغير حسن النية وتصادر المحكمة الأشياء المضبوطة التي جعلت أجراً لارتكاب الجريمة^(١). ومنها أيضاً نشر الحكم الصادر بالإدانة وهي نص عليها قانون العقوبات.

وهناك أيضاً تدابير احترازية يمكن فرضها على الشخص المعنوي وهي على نوعين أما أن تكون سائبة للحقوق وأما أن تكون مادية. تمثل السائبة للحقوق حظر ممارسة العمل وسحب إجازة العمل. أما المادية تمثل غلق المحل الذي استخدم في ارتكاب الجريمة ويمكن أن تحكم المحكمة بوقف الشخص المعنوي وحله ويستتبع الأخير تصفية أمواله وزوال صفة القائمين بإدارته، أو تمثيله وحظر ممارسة أعماله التي خصص نشاطه لها ولو كان ذلك باسم أخسر أو تحت إدارة أخرى^(٢). ولابد من الإشارة أخيراً إلى أن قانون الصحة العامة العراقي أورد إحكاماً عقابية في المادة ٩٦ منه وبفقراتها الخمسة وتفرض عند مخالفة أحكام القانون والأنظمة والتعليمات الصادرة بموجبه وأعطى حق الغلق لأي من المحال الخاضعة للإجازة أو الرقابة لوزير الصحة أو من يخوله. وإن الاعتراض على قرار الغلق هذا يكون أمام لجنة استئنافية مؤلفة مسبقاً من الوزير ويتم تحديد طرق الطعن في هذه القرارات أمامها أيضاً من قبل الوزير على أن تمتنع المحاكم من سماع الدعاوى الناشئة عن هذه القرارات وحدد القانون غرامات وعقوبات تفرض من جهات صحية حسب نص القانون.

ولنا في ذلك وجهة نظر وهي أنه لا خير في أن تخول هذه الجهات بغلق المحال المخالفة للقانون. وأن كان لابد منه فيجب أن لا تتجاوز مدة الغلق عن أسبوع يعرض الأمر خلالها على القضاء ليقول كلمته بشأن ذلك، وتبقى هذه اللجان مهمتها إبداء الرأي وتقديم الكشوفات اللازمة لتثبيت المخالفة الصريحة للقانون، أي أنها تقوم بتقديم المشورة من الناحية الفنية لا أن تكون جهة قانونية أو قضائية. كي تبقى الأجهزة القضائية هي صاحبة الكلمة الفصل من جهة ولغرض ألا يفقد الجواز القضائي دوره في إحقاق الحق وفق الرؤية القانونية والمتوافقة مع أحكام القوانين النافذة والمنظمة للحياة الاجتماعية ونعدم ضياع حقوق هذه الأشخاص من جهة أخرى.

المطلب الثالث

المسؤولية الجزائية عن فعل الغير

لم تحظ المسؤولية عن فعل الغير بعناية الفقه والقضاء إلا في مطلع القرن التاسع عشر حيث بدا الاهتمام بدراستها، أما ظهور فكرتها في القانون كان منذ مطلع القرن الثامن عشر^(٣).

(١) انظر المادة ١٠١ و ١١٢ من قانون العقوبات العراقي.

(٢) انظر المواد ١١٣ و ١١٤ و ١٢١ و ١٢٢ من قانون العقوبات العراقي.

(٣) د. مصطفى إبراهيم الزلمي - المرجع السابق - ص ١١٦.

ومنذ ذلك الوقت كشفت الحقائق عن أسس سليمة ساعدت على تطور القانون الجنائي باعتباره تنظيماً لمظاهر الحياة الاجتماعية وقد تبنى القانون كل متطلبات التطور الحضاري فبدأ القضاء والتشريع يعاقب أشخاصاً لم يكونوا هم الفاعلين للماديين للجرائم والذين لا يمكن توجيه تهمة الاشتراك لهم بمعناه القانوني. ومن ذلك الوقت ظهرت فكرة المسؤولية عن فعل الغير^(١).

والتي عرّفها البعض بأنها المعاقبة على أعمال ترتكب من قبل شخص آخر. والبعض الآخر ذهب إلى أنها مصلك شخصي مخالف لواجب يفرضه القانون على المخاطب بقاعدته والذي يتمثل في امتناع كان سبباً في النتيجة الإجرامية التي ترتبت على فعل الغير^(٢).

وإزاء هذا الموضوع كان للفقهاء موقفين، الأول : رأى أنها تقتصر على الحالات التي نص عليها القانون صراحة لأنها مفترضة جاءت خلافاً للأصل، إذ أن القانون يفترض توافر القصد الجرمي لدى المسؤولين عن فعل الغير^(٣). ومن الحالات التي نص عليها القانون صراحة هي مسؤولية الأولياء في قانون رعاية الأحداث الذي فرض عقوبة الغرامة على الولي الذي أهمل رعاية الصغير أو الحدث إهمالاً أدى به إلى التشرّد أو الانحراف عن السلوك أو أدى هذا الإهمال إلى ارتكاب الحدث جنحة أو جناية عمدية^(٤).

أما الثاني : رأى أنها مسؤولية جزائية صحيحة ومبررة ولا تخالف شخصية العقوبة، إذ أنها تطبيق للقواعد العامة عليه فأنها لا تحتاج إلى نص خاص فالشخص يسأل عن فعل غيره في حالتين أما لخطئه في الإشراف والمراقبة وأما لخطئه في اختيار من يعمل تحت إشرافه^(٥). أما الموقف في الشريعة الإسلامية فأنها تعد المسؤولية شخصية استناداً للقرآن الكريم فقد جاء في الكثير من الآيات الكريمة تأكيداً على شخصية المسؤولية ومنها ما جاء بقوله تعالى ((من أمدى فإنما يمد يده لنفسه ومن ضل فإنما يضل عليها ولا تزر وازرة وزر أخرى وما كنا معذنين حتى نبعث رسولا))^(٦). وكذلك قوله تعالى ((من عمل صالحاً لنفسه ومن أساء فعليها وما ربك بظلام للعبيد))^(٧).

(١) د. محمود عثمان الهمشري- المسؤولية الجنائية عن فعل الغير - الطبعة الأولى - دار الفكر العربي - ١٩٦٩ ص ٢.

(٢) هدى سالم محمد - المرجع السابق - ص ٧٤.

(٣) د. فخري عبد الرزاق الحديني - القسم العلم - المرجع السابق - ص ٣٥٧.

(٤) فطر المدة ٢٩ / أولاً وثانياً من قانون رعاية الأحداث العراقي رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٣ م.

(٥) هدى سالم محمد - المرجع السابق - ص ٧٤.

(٦) سورة الإسراء / الآية ١٥.

(٧) سورة فصلت / الآية ٤٦.

عليه فلا يوجد تطبيقاً لهذه المسؤولية خارج نطاق المسؤولية بالنسب. إلا إن هناك من الفقهاء المسلمين ذهب إلى وجوب الدية على العاقلة كما في حالة القتل الخطأ ومثبه العمد والقصاص وهاتان الحالتان تعدان من تطبيقات المسؤولية الجنائية عن فعل الغير في الشريعة الإسلامية^(١).

وبما أن الطبيب أو الجراح وهو يمارس نشاطه الطبي يعمل دائماً بصحبة فريق طبي مساعد له خصوصاً أثناء إجرائه للتدخلات الجراحية، وعمله هذا وسط الفريق الطبي المساعد له قد يرتب عليه مسؤولية أفعال هؤلاء أو قسم منهم عن أخطاء يرتكبونها أثناء ممارستهم لأعمالهم، عليه ومن خلال هذا المطلب منرى مدى تحقق مسؤولية الأطباء والجراحين عن الأفعال التي يقوم بها غيرهم إذا كانت هذه الأفعال مخالفة للقانون والتعليمات والأنظمة الصادرة بشأن تنظيم هذه المهنة هل تتعد مسئوليتهم عنها أم لا؟ ولمعرفة الإجابة عن ذلك يتعين التطرق في الفقرة أولاً: إلى الأسس القانوني لها ضمن مدار الآراء الفقهية المختلفة وكذلك موقف القضاء في تفسيره لاساس المسؤولية الجنائية عن فعل الغير القانوني ومن ثم في الفقرة ثانياً: سأتناول شروط هذه المسؤولية وما نؤيده من الآراء التي طرحت بصدد هذا الموضوع.

أولاً: الأسس القانوني للمسؤولية الجزائية عن فعل الغير

هناك خلافاً فقهيّاً وقضائياً حول الأسس القانوني لهذه المسؤولية لذا سأتناول الموقفين تبعاً

وحسب الآتي:

أ. الموقف الفقهي:

هناك آراء مختلفة لتفسير اساس المسؤولية الجنائية عن فعل الغير وهي :

١. فكرة الاشتراك

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الشخص المسؤول عن فعل الغير ما هو إلا شريك لهذا الغير، من ذلك يكون مدير المستشفى شريكاً في جريمة الجرح الذي ارتكبها الممرضين. وقد وجه لهذا الاتجاه انتقاداً مفاده أن المسؤول ليس شريكاً، لأن مساهمته أصلية بينما مساهمة الشريك تبعية^(٢).

(١) د. مصطفى إبراهيم الزلمي - المرجع السابق - ص ١١٥ ومنهم من يرى أن أسس اشتراك العاقلة مع الجاني في دفع الدية هو التضامن من ناحية وتخفيف ما ألم بنفس القاتل من ألم حيث أخطأ فقتل نفساً بغير حق ومن ناحية أخرى فلا يحولها خروجاً على مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية بل هي موالة ومعاونة للجاني حتى لا يذهب به خطؤه. وهو يحقق ترضية لأهل القتل وللقاتل. وذهب رأي آخر إلى أن تحميل الدية للعاقلة هو الاستثناء الوحيد الذي يرد على مبدأ شخصية المسؤولية في الشرع الإسلامي يرجع في ذلك د. محمد كمال الدين إمام - المرجع السابق - ص ٣٤٠. أما القصاص فأنها تجب إذا لم يعرف القاتل وكان هناك لوث في هذا القتل أي شبهة أن في لا تثبت بمجرد دعوى أولياء القتل إن فلتاً أو جماعة ارتكبوا جريمة القتل بل لا بد مع ادعائهم وجود لوث أي شبهة التي تعند أدعائهم للمزيد راجع د. عبد الكريم زيدان - نظام القضاء في الشريعة الإسلامية - ط ١ - مطبعة العتي - بغداد - ١٩٨٤ - ص ٢٢٥ وما بعدها وكذلك ذهب إلى هذا الاستثناء عبد القادر عودة - المرجع السابق - ص ٣٩٥ .

٢. فكرة التتابع في المسؤولية الجزائية عن فعل الغير :

تقوم هذه الفكرة على استبعاد فكرة الاشتراك وقواعده وتحتصر المسؤولين في نظر القانون على ترتيبهم وفق نظام معين بحيث لا يسأل شخص ما دام قد وجد غيره ممن قام بتقديمه القانون عليه في الترتيب^(١).

عليه فإن فكرة التتابع هذه تقوم على أساس المسؤولية المفترضة فلا يجوز التوسع فيها^(٢) . إذ أن القانون أوردها على سبيل الحصر .

٣. نظرية الفاعل المعنوي :

يرى أصحاب هذا الرأي أن هذه المسؤولية مبنية على أساس نظرية الفاعل المعنوي على اعتبار أن المسؤول عندما يقوم بدفع آخر لارتكاب الجريمة ويكون الأخير غير أهل أو حسن النية فهو يكون فاعلاً معنوياً للجريمة.

وقد لاقت هذه النظرية انتقاداً تضمن أن هذه النظرية تفرض دوماً أن يسخر إنسان غيره في ارتكاب فعل إجرامي مستفيداً من فقدان أهليته أو مستغلاً لحسن نيته في حين أن المسؤول عن فعل الغير قد لا يتحقق فيه ذلك، كما أنه قد لا يصدر عنه نشاط أو سلوك يحمل الغير على إتيان الفعل الإجرامي فضلاً عنه فإن الفاعل المعنوي هو المسؤول مباشرة لأن الوسيط بمثابة آلة استخدمت لتنفيذ الفعل المجرم^(٣) .

٤. فكرة ازدواج الجريمة :

يرى أصحاب هذا الاتجاه أنه يوجد إلى جانب الجريمة التي يقترفها الغير جريمة أخرى سلبية يعاقب عليها المسؤول الذي يكون ملزماً بالعمل على تنفيذ أحكام القوانين واللوائح، فإذا وقعت جريمة بالمخالفة لهذه القوانين واللوائح، فقد تأكد أنه أخل بالالتزامات الملقاة على عاتقه عليه تتعدّد مسؤوليته جنائياً إذ أن هذه المسؤولية لا تتردّد إلى الفعل الذي وقع من الغير وإنما إلى معسك شخص من جانب المالك أو المدير ويتمثل بالإخلال بهذه الالتزامات^(٤) .

(١) هدى سقم محمد - المرجع السابق - ص ٧٧ .

(٢) د. محمود عثمان الهشري - المرجع السابق - ص ١٤١ .

(٣) د. فخري عبد الرزاق الحنفي - القسم العام - المرجع السابق - ص ٢٥٧ حيث يقتصرها على الحالات التي يرد بشأنها نص صريح في القانون .

(٤) د. مصطفى إبراهيم الزلمي - المرجع السابق - ص ١١٦ - وللمزيد من التفصيل راجع د. محمود عثمان الهشري - المرجع السابق - ص ١٠٢ وما بعدها .

(٥) د. محمود عثمان الهشري - المرجع السابق - ص ١٤٤ .

وبإمعان النظر إلى هذه للنظرية فإنه يتبين قصورها عن بيان أساس وتفسير المسؤولية عن فعل الغير، إذ أن الكثير من الحالات التي يسأل فيها الشخص جنائياً عن فعل الغير لا يكون هناك سوى جريمة واحدة تدرج تحت نفس تجميع واحد وهي جريمة المسؤول التي اقترفها بطريق سلبى وبإعاقبه القانون على خطئه المتحقق من جانبه ما دامت إحدى نتائجها تحققت بسبب فعل الغير، وكذلك أن المسؤولية هنا هي مسؤولية عن فعل الغير وليس عن خطئه وبذلك تتسع للحالات التي لا يشكل فيها فعل الغير بحد ذاته جريمة يمكن معاقبته عليها^(١).

٥. نظرية السلوك الخاطئ:

ذهب جانب من الفقه في تفسير هذه المسؤولية بإرجاعها إلى مسلك شخص مخالف للواجب المفروض قانوناً وينص القانون على تجريمه وذلك بأن يتولى الأشراف على نشاط شخص آخر ليحول دون وقوع النتيجة الإجرامية. فإذا لم يتولى الأشراف وقعد عنه ووقعت النتيجة المحظورة فإن فعله يعد امتناع تهضر معها مسئوليته عن هذه الجريمة المتمثلة بركنها المادي (الامتناع) عن مراعاة الأحكام والقوانين. وركنها المعنوي يكون القصد الجرمي، إذا تعدد الإخلال بالواجب وتقع النتيجة لسبب سلوكه المشوب بالخطأ^(٢). أما إذا لم يعتمد الإخلال بهذا الالتزام (الخطأ غير العمدى) وكان نشاط الغير هو نشاطاً خاطئاً فتقوم مسئوليته أيضاً على خطئه الشخصى^(٣).

ب. للموقف القضائي:

هناك فكرتين أساسيتين طرحها القضاء في تفسير الأساس القانوني للمسؤولية الجنائية عن فعل الغير. هما فكرة النيابة القانونية وفكرة الخضوع الإرادي الأولى: تتمثل باتجاه القضاء الفرنسى الذي عد المباشرة ممثلاً للمسؤول، ولاقت هذه الفكرة انتقاد مفاده أن هذه الفكرة يمكن قبولها في القانون المدنى، أما في مجال القانون الجنائي فلا يمكن قبولها لأنه لا يوجد شخص يمثل شخصاً آخر في ارتكاب الجريمة والمسؤولية عنها. أما الثانية: تذهب إلى أن كل من يتولى إدارة المشروع أو يباشر مهنة فهو يرتضى سلفاً بالخضوع إلى الالتزامات التي تفرضها القوانين والتي تتصل بنشاطه. وتبعاً لذلك يتحمل كافة النتائج المترتبة على عدم الوفاء بهذه الالتزامات والإخلال بها. ومن بين هذه النتائج هي المسؤولية الجزائية عن هذا الإخلال. ألا أنه لاقت فكرة الخضوع الإرادي انتقاد تضمن إنها تخلط بين اتجاه الإرادة إلى الفعل واتجاه هذه الإرادة إلى تحمل المسؤولية فالقانون يعترف بالأولى ويرتب العقاب عليها دون الاعتراف بالثانية^(٤).

(١) هدى سالم محمد - المرجع السابق - ص ٧٧ - و د. محمود عثمان - المرجع السابق - ص ١٤٧.

(٢) د. فخري عبد الرزاق الحديثي - القسم العلم - المرجع السابق - ص ٣٥٦.

(٣) د. فخري عبد الرزاق الحديثي - القسم الخاص - المرجع السابق - ص ١٨٧ و هدى سالم محمد - المرجع السابق - ص ٧٧.

(٤) هدى سالم محمد - المرجع السابق - ص ٧٨ - ٧٩.

ثانياً: شروط المسؤولية الجزائية عن فعل الغير

أورد الفقهاء شروط لهذه المسؤولية وهي:

١. وجود التزام قانوني بمنع النتيجة الإجرامية التي يعاقب عليها القانون، مما يعني أنه لا يكفي لمساءلة الشخص بمجرد التزامه قانوناً بأداء عمل معين بل يجب أن يكون ملزماً في الوقت نفسه بمنع هذه النتيجة التي تمخض عنها امتناعه عن أداء ذلك العمل.
٢. استظهار الفعل الإرادي الإثم لدى الشخص المسؤول والذي يتحقق بالامتناع والمعارض مع السلوك الذي تتطلبه القوانين.
٣. توافر علاقة سببية بين الفعل الإرادي الإثم (الامتناع) وبين النتيجة التي تحققت مباشرة بفعل الغير^(١).

أذن فإن القانون الجنائي عرف المسؤولية عن فعل الغير استثناءً عن مبدأ شخصية المسؤولية. وكما نبيّن فإن مسؤولية الأولياء مثلاً لها والتي وردت في قانون رعاية الأحداث، وإن ما نؤيده في ذلك هو أن هذه الأحوال وردت في القانون على سبيل الحصر فلا يجوز التوسع فيها وهو ما ذهب إليه أغلب الفقهاء فهي تقتصر على الحالات التي يرد بشأنها نص صريح^(٢). كما أنه لم نجد نصاً يقيم مسؤولية الطبيب عن فعل مساعديه أو أي شخص من الفريق الطبي الذي يعمل تحت إمرته. ذلك لأن الإنسان لا يسأل جنائياً عما يصيب الغير إلا إذا نسب إلى شخصه نوع من أنواع الخطأ الواردة في القانون^(٣).

عليه فإن الطبيب لا يسأل جنائياً عن فعل يقوم به مساعده أو ممرضه إلا إذا أمكن أن ينسب إلى الطبيب نفسه خطأ في إحدى صورته الواردة في القانون، وقد يسأل في هذه الحالة الطبيب وحده دون أن يسأل مساعده إذا لم يكن أي منهم ألا منفذا لأوامر الطبيب أولاً ولم يقع منهم خطأ. أما في حالة وقوع الخطأ من المساعد أو الممرض وحده بدون أي تدخل من الطبيب أو الجراح فإن هذه الحالة لا ترتب أية مسؤولية جنائية على الطبيب، وإذا وقع الخطأ من كليهما في دائرة اختصاص كل منهم فيكونوا مسؤولين بحسب خطأ كل منهم، ومن تطبيقات القضاء الفرنسي لهذه القواعد حكم بأن الممرض الذي ينفذ أوامر خاطئة للطبيب لا يرتكب خطأ يسأل عنه بل يسأل

(١) د. محمود عثمان الهشري - المراجع السابق - ص ١٥٩ .

(٢) د. فخري عبد الرزاق الحنيثي - القسم العام - المراجع السابق - ص ٣٥٧ .

(٣) انظر المادة ١١/١ من قانون العقوبات العراقي.

الطبيب المخطيء وحده، كأن يأمر بإجراء تدليك رسخ مكسورة لمرضى دون أن يخشى بفحص حالته (١).

ولكن يعد الطبيب مسؤولاً إذا كلف شخصاً غير حائزاً على المؤهلات الطبية بإجراء عمل طبي، كأن يعهد إلى مطهر بإجراء عملية ختان في الوقت الذي لم يتم الإخير تعليمه (٢). وقد حكم بقيام مسؤولية الطبيب لأنه عهد لمرضى إعطاء البنج والذي أدى إلى الوفاة بسبب نقص في خبرة الممرض الذي أعطى البنج ولقصور الطبيب في العناية التي بذلها. وكذلك قيام مسؤولية الطبيب عن قيام الممرض بوضع زجاجات الماء الساخن تحت أقدام المريض التي نشأ عنها حروق (٣).

وعلى أية حال لا بد من القول بأن أي فعل يجرمه القانون يسبقه جملة من الإجراءات والتي تبدأ بالعمل الافتتاحي للتحقيق وهي الشكوى وبدء اتخاذ الإجراءات القانونية بحق المتهم أو المتهمين وما على القاضي التحقيق أو المحقق إلا أن يمارس دوره حسب ما هو مرسوم له قانوناً. وبعد اكتمال إجراءات التحقيق يتم اتخاذ القرار بإحالة الإضرارة إلى المحكمة الجزائية المختصة (محكمة الموضوع) والتي بدورها تتفحص الأدلة وتناقشها وفق القانون لتقف بعد ذلك على حقيقة من هو المسؤول عن الجريمة لتتخذ القرار المناسب بشأنها وتطبق المادة القانونية بحقه سواء أكان طبيباً أم أنه شخصاً عادياً. أو كان من الفريق الطبي المساعد للطبيب أو الجراح وكان الأخير مسؤول عن فعل غيره، إلا أننا نؤيد الرأي المتضمن أن المسؤولية عن فعل الغير مفترضة وجاءت على سبيل الحصر ولا يجوز التوسع بها كما يبين.

المبحث الثاني

الإشكالات القانونية والاجتماعية

بمجرد إجراء عملية تغيير جنس الإنسان على أي شخص ذكرًا كان أو أنثى فسان هنسالك إشكالات تترتب على ذلك وهي عديدة (٤).

إلا أنه في مجال البحث وأطواره نورد أن المشرع حدد أفعالا مجرمة في القانون الجنائي. ولدى إمعان النظر في هذه الجرائم نجد أن القانون تطلب أن يكون أحد طرفي الجريمة ذكراً أو

(١) محكمة استئناف باريس في ٦ يونيو ١٩٢٣ (دفلور ٢-٢-١٦٧) والمشار إليه في د. محمد فائق الجوهري - المرجع السابق - ص ٣٧ - ٣٧٧.

(٢) د. محمد فائق الجوهري - المرجع السابق - ص ٣٧٧.

(٣) هدى سالم محمد - المرجع السابق - ص ٨٤ - هاشم ٨٦.

(٤) ومنها ما قد يترتب على إصلاح الحالة المدنية وكذلك الالتزامات الناشئة عن الزواج والطلاق والميراث والموقف من الخدمة العسكرية الإلزامية وإلى غير ذلك من إشكالات تظهر بمجرد إجراء عملية تغيير جنس على أي من الذكر أو الأنثى.

انثى، عليه لتتصور الاشكالات التي يحدثها فعل تغيير الجنس في إطار هذه الجرائم اذا قام احدهم بالاقدام على فعل كهذا، وكذلك الحال بالنسبة لقانون اصول المحاكمات الجزائية فقد وردت فيه نصوصا تتعلق باشتراط تقديم شكوى من المجني عليه، اذ يكون الامر هذا لازما لتحريكها بغية اتخاذ الاجراءات القانونية بحق مرتكب الفعل. وهناك جانب اخر لابد من بحثه هو الجانب الاجتماعي ومدى تأثير فعل التغيير على المجتمع في حالة انتشار مثل هذه الشذوذات. عليه سالتناول هذه المواضيع سبقا للاحداث حتى تجد معها مادة اولية يعتمد عليها في انتظار سن القانون الذي يمنع هذه الافعال صراحة ولاظهار مدى الحاجة الملحة لتدخل المشرع بغية الحد من هذه الافعال. عليه سالتناول ذلك بثلاثة مطالب: المطلب الاول للاشكالات القانونية الموضوعية والثاني للاشكالات القانونية الاجرائية ونفرد الاخير للاشكالات الاجتماعية لنبين من خلال عرضها مدى الاشكالات التي يثيرها فعل تغيير الجنس في اطار هذه الجوانب.

المطلب الاول

الإشكالات القانونية الموضوعية

عين الكتاب الثاني من قانون العقوبات العراقي الجرائم المضرة بالمصلحة العامة ومنها ما ورد في الباب التاسع منه المخصص للجرائم المخلة بالاخلاق والاداب العامة ، وقسمت هذه الفئة من الجرائم الى ثلاثة فصول وما يهمنا منها هي جرائم الاغتصاب والواط وجرائم القبل الفاضح المخل بالحياء وكذلك جريمة تعاطي البغاء الذي نظم احكامها قانون مكافحة البغاء لذا سالتناول هذه الجرائم تباعا.

الفرع الاول

جرائم الاغتصاب والواط

يقرر قانون العقوبات انزال عقوبة السجن المؤبد او المؤقت بحق من يواقع انثى بغير رضاها او يرتكب فعل الملاوطة بذكر او انثى بغير رضاه او رضاها^(١).

يلحظ من ذلك انه لتحقيق هذه الجريمة يجب ان يتم الواقع او الجماع اولا والذي يقصد به ادخال القضيب في الفرج كلياً او جزئياً وتتحقق جريمة الاغتصاب ان صدرت من ذكر مدرك لفعله غير معنود او مجنون^(٢).

وشروط الواقعة يجب ان تكون بصورتها غير الشرعية ، وايلاج الذكر يكون في شخص حي كمحل للجريمة سواء اكان ذكراً او أنثى ويستوي ان يكون الايلاج في الانثى من قبل او من دبر .

(١) انظر للمادة ١/٢٩٣ من قانون العقوبات العراقي.

(٢) د. وصفي محمد علي - المرجع السابق - ص ٢٤٨.

ويلحظ عدم تحقق الفعل اذا كان الجاني غير قادر على الايلاج ولن يكون جسم المجني عليها صالحا لذلك، مما يعني ان المتهم اذا كان غير قادر على ذلك بسبب صغره او عاهة مرضية فيه تمنعه من ذلك او كان المجني عليه صغيرا حتى لا يمكنه الايلاج فان الجريمة لا تتحقق^(١). وتتحقق هذه الجريمة بتوافر اركانها وهي الواقعة وانعدام الرضا والقصد الجنائي الذي يتوافر بمجرد علم الجاني بانه يواقع انثى بغير رضاها.

هنا وفيما يخص الحالة موضوعة البحث قد تثار اشكالات يستوجب معها الامر ايجاد الحلول، وهي ان يكون المجني عليها انثى وان يكون الجاني ذكرا. فاذا افترضنا ان المجني عليها في هذه الجريمة كان اصلها ذكر وبعملية تغيير جنس سابقة جعلتها تبدو على هيئة وشكل الانثى، فاذا تعرضت هذه المخلوقة الى حادث اغتصاب وقام الجاني بايلاج قضيبه كلا او جزءا في المهبل الاصطناعي الذي كان نتيجة من نتائج العملية الجراحية. إذ ان الاطباء يستطيعون ايجاد ذلك العضو من بقايا كيس الصفن وجعله يتناسب وعضو التناسل الانثوي من حيث الشكل^(٢). فهل تتحقق جريمة الاغتصاب بموجب النص اعلاه، اذا تم الفعل بالمجني عليها من قبل وبدون رضاها. وهل يعد ذلك قبل ؟ أي هل يعتبر مهبل كالذي يوجد لدى الاناث؟ على ان الايلاج يتم بادخال العضو التناسلي الذكري داخل عضو التناسل الانثوي. اعتقد انه لا يعد كذلك، ومن ناحية أخرى هل يعد العضو المصطنع هذا عضو من أعضاء الجسم^(٣). ؟ ولا سيما اننا علمنا سابقا بان احد عناصر السلامة الجسدية لاعضاء الجسم هو ان يؤدي العضو وظيفته وفق قوانين تحددها الطبيعة وان لا يصيبها الاختلال وهو ما يؤدي بالعضو الى الانحراف عن السبيل المألوف الذي ترسمه القوانين الطبيعية^(٤). فمن هذا الجانب فان العضو المصطنع هذا لا يعد من قبيل الاعضاء لانه يخالف قوانين الطبيعة وهو ايضا خروجا واضحا عن المألوف، صحيح ان ذلك يفي بالغرض اذا ما تحققت الشهوة وأرضى الجاني غريزته الجنسية. اما بالنسبة للمجني عليها فانه لا يحقق لها شيئا مما ذكر.

(١) سلمان بيك - القضاء الجنائي العراقي - ج ٣ - شركة النشر والطباعة العراقية المحدودة - ١٩٤٩ ص ٣٧٢.

(٢) راجع الصفحة ١٨ من الرسالة.

(٣) ويعرف العضو بانه يمثل أي جزء من الانسان سواء كان متصلا ام انفصل عنه ويطلق الفقهاء والقانونيون لفظ العضو ويريدون به مختلف انسجة الجسم راجع في ذلك عارف علي عارف - المرجع السابق - ص ١١. وكذلك انظر تفصيلا للمحامي هيثم حامد المساووة - التنظيم القانوني لعمليات زرع الاعضاء البشرية - ط ١ - دار المناهج للنشر والتوزيع - عمان الاردن ٢٠٠٠ ص ٢٠ وما بعدها.

(٤) د. محمود نجيب حسني - المرجع السابق - ص ٤٢٩.

اما اذا حدث العكس فكان الجاني في هذه الجريمة اصله أنثى ، هنا ان استطاع هذا المخلوق ان يرتكب الفعل بايلاج قضيبه المصطنع^(١)، في عضو التناسل الانثوي للمجني عليها على الرغم منها فان هذا الفعل يحقق اركان الجريمة .

الفرع الثاني

جريمة الفعل الفاضح المخل بالحياء وتعاطف البغاء

الفعل الفاضح سلوك يأتيه المتهم يخل بحياء من تلمسه حواشيه وعلة تجريمه كونه عدوان على الحرية الجنسية في معناها الشامل. وعندما تكون المجني عليها قد اكرهت على معاناة فعل له دلالة جنسية اذا ارتكب ضد أنثى، فهو بذلك يستهدف النقاء الاخلاقي في الاماكن العامة وحماية الشعور العام بالحياء. فضلاً عن ان التجريم هذا يتضمن حماية حماية القيم الاخلاقية الجنسية في المجتمع وصيانة هذه القيم لها اهمية كبيرة في كل مجتمع متحضر. فتجريم هذه الافعال يؤدي الى استقرار الامن في المجتمع اذ يخشى ان يستثار من يشهدون هذا الافعال ويؤدي هذا الامر الى ان يندفع هؤلاء الى الانتقام ممن اقترفه^(٢).

لذلك قرر المشرع العراقي ازالة عقوبة الحبس بحق كل من تعرض لانثى في محل عام باقوال او افعال او اشارات على وجه يחדش حياءها^(٣).

يلحظ من النص انه لا عبرة لجنس الجاني فان الفعل المخل بالحياء ممكن ان يرتكب علانية في المحال العامة من قبل ذكر او انثى حيث لم يشترط القانون في الجاني جنس معين عكس ما تطلبه القانون في هذا النص من ان تكون المجني عليها انثى.

عليه هنا وفي مجال البحث اذا كانت المجني عليها انثى في الظاهر أي كان اصلها ذكر وبعملية تغيير جنس أصبحت على هيئة الانثى وتم ارتكاب الفعل المنصوص عليه بحققها. فان الحكم ولائك يؤدي الى اختلال شرط تطلبه القانون في هذه الجريمة مما يؤدي الى عدم قيامها، الا ان ذلك لا يمنع من عقاب الجاني عن جريمة اخرى اذا ما تحقق بفعله توافر اركان جريمة اخرى.

اما بالنسبة للجاني فغني عن البيان ان جنسه لا يؤثر في قيام الجريمة اذ تطلب القانون الانوثة في طرف المجني عليها وليس الجاني مما يعني قيام الجريمة بحق الجاني ذكراً كان او انثى حسب ظاهر النص، عليه فانه يسأل عن جريمته ولا اثر بهذه الحالة على تغير جنسه.

(١) القضيب الاصطناعي الذي يصنعه الاطباء في حالة الانثى التي تزوم تغيير جنسها الى ذكر يمكنه الانتصاب على حد قولهم بواسطة تيار كهربائي من بطارية مزروعة في الجسم عند الحاجة ، راجع في ذلك تفصيلاً للدكتور محمد علي البار المرجع السابق - ص ١ .

(٢) د. محمود نجيب حسني - المرجع السابق - ص ٥٢٥ .

(٣) النظر المادة ١٠٤ / ب من قانون العقوبات العراقي .

الا ان الملاحظ في هذا المجال، فانه حال تنفيذ العقوبة بحق هذا المتهم (المغير لجنسه) فأن يتم ابداعه، هل في دائرة اصلاح الكبار المخصصة للذكور ام تلك المخصصة للاناث، اذ ان القانون لم يتطرق لذلك.

اما الفقهاء المسلمون فقد اوردوا حلاً لذلك فانهم كانوا يودعون الخنثى مثلاً الذي لا يعرف عنه اذكر هو ام انثى في سجن منفرد أي انه لا يسجن مع الذكور ولا مع الاناث^(١). فمن باب لولي تطبيق ذلك على المغير لجنسه.

اذن يتطلب القانون في هذه الجريمة ان يأتي الجاني فعلاً مادياً مخالفاً بالحياة وصورة حسب النص افعال او اشارات وان يكون المكان هو المحل العام وان يتمخض عن الفعل خدش بحياء المجني عليها.

اما فيما يخص الاحكام في المواد القانونية الواردة في قانون العقوبات والخاصة بالفعل الفاضح المخل بالحياة^(٢). فانها لا تتطلب ان يكون المجني عليها انثى كما في النص المتقدم ذكره فلا يؤثر على قيام الجريمة كون ان المجني عليه ذكراً او انثى او ارتكب الفعل الفاضح من قبل ذكر كان او انثى فيما اذا توافرت في الفعل اركان الجريمة لتحقيق المسؤولية عنها.

وكذلك الامر بالنسبة لتعاطي البغاء فقد اورد قانون مكافحة البغاء العراقي^(٣). نصاً في المادة الرابعة منه يتم بموجبه معاقبة البغي التي يثبت تعاطيها البغاء وذلك بايداعها احدى دور الاصلاح المعدة لتوجيه وتهيئ النساء مدة لا تقل عن ثلاثة اشهر ولا تزيد على سنتين.

يلحظ من ظاهر النص ان العقوبة المنصوص عليها يتم انزالها بحق البغي والتي يتطلب القانون ان يكون جنسها انثى على ان يتم اثبات تعاطيها البغاء^(٤). فلذا اكتشف من يتعاطى البغاء في الجريمة المعروضة امام المحكمة هو في الاصل ذكر فان ذلك يؤدي الى اختلال بشروط انزال العقوبة وبالتالي عدم قيام الجريمة ضمن اطار النص مما يؤدي الى تغيير وصف الجريمة وبالتالي لا يمنع ذلك من قيام جريمة اخرى بحق البغي بحسب ما يتوافر اركان وشروط جريمة اخرى.

(١) د. الشهابي ابراهيم الشرفاوي - المرجع السابق - ص ٥٥١.

(٢) انظر المواد ٤٠٠، ٤٠١، ٤٠٢/١ من قانون العقوبات العراقي

(٣) قانون مكافحة البغاء ذي الرقم ٨ لسنة ١٩٨٨ الصادر بتاريخ ١١/١/١٩٨٨.

(٤) البغاء : هو تعاطي الزنا او اللواط باجر مع اكثر من شخص - لتق الاول من المادة الاولى من قانون مكافحة البغاء

المشار اليه انفا .

المطلب الثاني الإشكالات القانونية الإجرائية

هناك من الدعاوى الجزائية نص عليها قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي^(١). مقررًا انه يلزم لتحريكها بغية اتخاذ الاجراءات القانونية بحق المٌشكو منه تقديم شكوى من المجني عليه، وفي احكامه ايضا نصوصا تنظم احكام تفتيش الانثى ولغرض بيان مدى اثر فعل تغيير الجنس على هذه الدعاوى استوجب الامر بحثها في هذا المطلب ومن خلال الفرعين المستقلين التالية.

الفرع الاول

بعض الدعاوى الجزائية التي لا يجوز تحريكها الا بناء على شكوى من المجني عليه
جاءت المادة الثالثة من قانون اصول المحاكمات الجزائية متضمنة فقرتين الاولى عينت وعدت في سبعة نقاط الجرائم التي لا يجوز تحريك الدعوى الجزائية فيها الا بناءً على شكوى من المجني عليه او من يقوم مقامه قانوناً^(٢).

وما يخصنا في مجال البحث هو جريمة زنا الزوجية^(٣). والتي يعرفها الفقهاء بانها اتصال شخص متزوج - رجلاً او امرأة - اتصالاً جنسياً بغير زوجه، وهي ترتكبها الزوجة مع غير زوجها وبرتكبها الزوج مع غير زوجته اذا تحقق الاتصال الجنسي بينهما ويشترط ان يكون الفاعل هو زوج احدهما. اما الاخر فهو الشريك فيها وهو ما يؤدي الى الاخلال بالاخلاص الزوجي. وعلة التجريم جاءت لحماية الحقوق الزوجية لاهم الالتزامات التي يتضمنها الزواج كنظام اجتماعي وقانوني^(٤).

اذن حصر المشرع العراقي حق تقديم الشكوى في جريمة زنا الزوجية ضد الزوج (الزوج او الزوجة) الزاني من قبل زوجه أي من قبل الزوج الشاكي. ويشترط لقبولها ان تكون هناك رابطة زوجية صحيحة. وان لا يتم اثبات ان ارتكاب جريمة الزنا قد تم برضاء الشاكي^(٥). وان لا تسقط الشكوى بمضي المدة^(٦).

(١) قانون اصول المحاكمات الجزائية ذي ارقام ٢٣ لسنة ١٩٧١ وتعديلاته .

(٢) تحريك الدعوى الجزائية - يقصد به البدء بتسييرها امام جهات التحقيق وهو اول اجراءات استعمالها امام تلك الجهات - وعرفت ايضا بانها العمل الافتتاحي للخصومة الجنائية والاداة المحركة لها الذي يولي الدعوى لجهات التحقيق والحكم - اما الدعوى فانها الوسيلة التي يلجأ اليها المجتمع لمحاسبة الجاني الذي عرض المجتمع للخطر وعكر امنه وسلامته - لنظر في ذلك تفصيلاً د. سعيد حسب الله - شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية - دار المحكمة للطباعة والنشر القموصل - ١٩٩٠ ص ٤٥-٤٦.

(٣) انظر المادة الثالثة - فقرة ١ من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي وتعديلاته .

(٤) د. محمود نعييب حسني - المرجع السابق - ص ٥٩٤.

(٥) د. سامي النصر اوي - دراسة في اصول المحاكمات الجزائية - الجزء الاول - مطبعة دار السلام - بغداد - ١٩٧٦ ص ١٠١ و

(٦) انظر المادة ٣٧٨ أ/ من قانون العقوبات العراقي .

عليه اذا ارتكبت جريمة الزنا من قبل الزوجة وطلب الشكوى ضدها زوجها الداخل بها شرعا وقانونا بموجب عقد زواج صحيح، فهل لها الحق ان تدفع ببطلان الشكوى لان اصلها ذكر وقامت بتغيير جنسها الى انثى؟ القانون لم يعط حلا لذلك في الوقت الذي تطلب فيه القانون قيام الزوجية حال ارتكاب الجريمة، اذ نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٧٨ من قانون العقوبات العراقي بانه (يقصد بالزوج) في حكم هذه المادة من تتوافر فيه هذه الصفة وقت وقوع الجريمة ولو زالت عنه بعد ذلك ويبقى حق الزوج في تحريك دعوى الزنا الذي ارتكبهت زوجته الى انتهاء اربعة اشهر بعد طلاقها. وكل ما على المحكمة ان تتحقق من صحة عقد الزواج فان قضى انه صحيح فلا تأثير على الشكوى واتخاذ الاجراءات القانونية بحق الزوجة وشريكها الزاني.

الا ان هذا يخالف ما موجود في مصر كون الزواج السابق للمثبت جنسيا على عكس ظاهره يكون باطلا بطلانا مطلقا أي انه لم يثبت له صفة الزوجية له او لزوجته على الاطلاق لان الزواج هذا يعد غير منعقد من الاصل أي ان الزوجية لم تكن قائمة. هذا فيما يخص المثبت جنسيا على عكس ظاهره (الخنثى). إذ ان القانون تطلب قيام الزوجية وقت تقديم الشكوى وهو شرط لقبولها والزوجية لم تكن قائمة وقت الشكوى ولا قبلها^(١). فمن باب اولى ان يكون الامر كذلك بالنسبة للمغير لجنسه مما يعني بطلان الشكوى فهي لم تقع صحيحة يستوجب معها الامر ابطال جميع الاجراءات المترتبة عليها سواء اكانت المتهمة هي الزوجة او كان الزوج هو المتهم بالزنا، ونأمل ان يأخذ المشرع العراقي بهذا الحل منعا لاقدام ذوي النفوس الشاذة على مثل هذه الافعال.

الفرع الثاني

تفتيش الأنثى

للتفتيش معنى عام يمثل الاطلاع على محل منحه القانون حرمة خاصة باعتباره مستودع سر صاحبه لضبط ما عسى ان يوجد به، مما يفيد في كشف الحقيقة.

لكن ما نحن بصنده هو التفتيش التحقيقي الذي يتضمن اجراء القيام بعمل معين من اجل الحصول على ادلة الجريمة تمهيدا لممارسة حق المجتمع في العقاب وهو كعمل اجرائي واقعة قانونية يرتب عليها القانون اثرا اجرائيا وهو من الاعمال القضائية اللاحقة للتحقيق والمعاصرة له، ان هو من اجراءات التحقيق^(٢).

اما تفتيش الانثى، فهو اجراء قضائي تخضع له الانثى في جسمها او في ملابسها لذا وجب قانونا ان يتم ذلك بمعرفة انثى تندب لهذا الغرض حتى لا يمس حيائها كون الاطلاع على اجزاء

(١) د. الشهابي ابراهيم الشرفاوي - المرجع السابق - ص ٥٥٥.

(٢) د. صالح عبد الزهرة الحسون - احكام التفتيش واثره في القانون العراقي دراسة مقارنة - ط ١ - مطبعة الاديب

البغدادية ١٩٧٩ - ص ٣٦ وللمزيد راجع د. سامي النصاروي - المرجع السابق - ص ٤٢٧ وما بعدها.

جسمها يعتبر مسا لحياة الانثى، اما تفتيش ما في يدها او ما تحمله معها من اشياء فهو جائز القيام به من قبل مفتش ذكر^(١).

لذلك جاء بنص القانون انه اذا كان المراد تفتيشه انثى فلا يجوز تفتيشها الا بواسطة انثى ينوبها لذلك القائم بالتفتيش بعد تدوين هويتها في المحضر^(٢).

عليه فان التفتيش بعد استثناء من القاعدة التي تقضي بعدم المساس بحريات الناس وحرمة المساكن^(٣). وهو ما اكدت عليه الشريعة الاسلامية حيث جاء بقوله تعالى يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْأَلُوا وَتُسَلِّمُوا عَلَى أَهْلِهَا^(٤).

واذا اعترض على اجراءات التفتيش فيقدم هذا الاعتراض الى قاضي التحقيق وعليه ان يفصل في هذه الاعتراضات على وجه السرعة^(٥). عليه فان قاعدة تفتيش الانثى عليها ضرورة حماية الاداب العامة، إذ ان النص عليها قانونا ينبع من متطلبات الحفاظ على الخلق والحياة لذا فلن مخالفتها تعد جريمة معاقبا عليها، ذلك لان التفتيش للانثى من قبل الرجل يتيح الاطلاع على مواضع تعد من عورات المرأة التي تخدش حياؤها اذا مسّت من قبل رجل، اما ان كان الامر يستم بمعرفة امرأة اخرى فانه لا يسبب لها هذا الخدش في حياؤها لذلك منع القانون القائم بالتفتيش ان كان ذكرا من الاطلاع على هذه المواضع في جسم المرأة^(٦).

اما حالة التفتيش ومدى اثر تغيير الجنس عليها، فان هناك فرعين هما : قد يتم التفتيش من قبل انثى في الظاهر واصلا ذكر واما ان يكون التفتيش واقعا عليها من قبل انثى انكبت لذلك عملا بنص القانون لكونه ضمن صلاحية القائم بالتحقيق.

(١) د. حسن الجوهدر - شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية ط١ - دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان - الاردن ، ١٩٩٢ ص ٣٧٤.

(٢) انظر المادة ٨٠ من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي - وكذلك القانون الاردني المادة ٢/٨٦ منه والسوري المادة ٦٤ منه.

(٣) عبد الأمير العكيلي وسليم حريه - شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية - الجزء الاول - شركة ايد للطباعة الفنية - ١٩٨٨ ص ١٢٩.

(٤) سورة النور. الآية ٢٧.

(٥) انظر المادة ٨٦ من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي كذلك انظر د. عمار الحسني - شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية الجديد - المجلد الاول - مطبعة الارشاد - بغداد - ١٩٧١ ص ١٨٠.

(٦) د. صالح عبد الزهرة قصيون - المرجع السابق - ص ٢٩٠.

نورد فيما يخص الفرض الاول، اذا تم اتخاذ قرار من قبل قاضي التحقيق يتضمن تفتيش انثى ماء، وهو يمارس عمله بالتحقيق في جريمة معروضة عليه للتحقيق فيها وجمع الادلة بشأنها. وكان من بين افراد عائلة هذه الانثى- شخصا اصله ذكر وهو على هيئة الانثى- و تربطه واباها صلة قريى ولو كانت من درجة بعيدة او من اهالي المنطقة او الجيران وتطوع هذا الشخص لتفتيشها، ففي حقيقة الامر فان القائم بالتحقيق لا سبيل امامه سوى ظاهر هذا المخلوق ليحكم عليه بانه انثى، اذ ان حقيقة نوع الشخص (المنطوع للتفتيش). وحفاظاً على عدم خدش حياء المطلوب تفتيشها نحتم على القائم بالتفتيش الموافقة عليه، اذ لم يسوغ له القانون القيام بذلك بنفسه والموافقة هذه على سبيل الافتراض لامناص منها وفي ذات الوقت لا مناص من الاعتداد بظاهره. خصوصا ان كان هذا الشخص قد حصل بطريقة او بأخرى على هوية تثبت انوثته حتى لا تثار التساؤلات حولها، اذن بالنتيجة هذا الشخص انتدب للتفتيش بموافقة القائم بالتحقيق، خصوصا ان ما تتميز به الاجراءات التحقيق هو السرعة بالاجراءات لتفويت الفرصة على المتهتم ولعدم تمكنه من القيام باخفاء ادلة الجريمة.

عليه فان القول بذلك يفتح الباب امام المتهمين للتحايل وبالتالي تضليل القضاء وعدم تمكنه من اداء واجبه وبالتالي ضياع ادلة الجريمة وعدم التوصل الى ما هو مؤيد الى ادلة الاحالة او الادانة التي على الجهات التحقيقية جمعها لغرض اتخاذ قرار الاحالة من عدمه عند عدم توافر ادلة كافية للاحالة عملا بنص القانون والحال نفسه في الفرض الثاني فإذا تم بواسطة انثى تتدب لذلك فأيضا يفتح الباب امام التحايل اذا افترضنا نفس الحالة السابقة.

المطلب الثالث

الاشكالات الاجتماعية

يمثل هذا الجانب ومن خلال ما تم عرضه ضمن مجريات البحث مدى الحاجة الملحة لتدخل المشرع لتقنين هذا الموضوع ووضع حدودا مانعة له ومجرمه لمن يقوم باجرائه نزولا عند رغبات هؤلاء الاشخاص الشاذين في تفكيرهم وتصرفاتهم. خصوصا في المجتمعات التي تسدين بالاسلام ومنها مجتمعنا، والمقصود هنا الناحية الجنائية ذلك لان هناك تشعبا خطيرا لاثاره المترتبة على الجانبين الموضوعي والاجرائي كما بين وكذلك جانبه الاجتماعي هذا، ناهيك عن التسواحي الشرعية تلك التي يثار معها الكثير من الاشكالات في جانبها المدني، على الرغم من انها لم تصل الى حد الشيوع الا ان المشرع الجنائي يتطلب الامر منه التدخل لحماية المجتمع.

فضلاً عنه فان القانون لا يهدف الى المحافظة على كيان المجتمع فقط بل ان عليه واجبا يسعي من خلاله العمل على نحو يجعل من هذا المجتمع متقدما ومتوكلبا مع حضارتنا الاسلامية ومواروثها الانساني، وهذا الطرح يقتضي ان نتجه السياسة التشريعية الى تجريم مثل هذه الافعال

التي تقف حائلا دون تحقيق التطور الذي تسعى اليه هذه المجتمعات ، فضلا عن ان تجريم هذه الافعال هو منع الانتشار مثل هذه الشذوذات.

وان المشكلة التي تواجه المجتمعات اليوم هي تبدل القيم الاخلاقية فيها وان هذه الافعال تؤدي الى التشجيع على اقامة العلاقات الجنسية المحرمة.

وهذه العلاقات تؤدي بدورها الى ازدياد حاد وملحوظ بالامراض الناتجة عن الاباحية الجنسية حتى ان هناك الكثير منهم يدعون الى الاختلاط بين الجنسين والنظر الى مواضع الفتنة بحجة ان ذلك يروح عن النفس وبقي من الكبت ويخلص من العقد النفسية وحدة الضغط الجنسي. وقد ثبت انها نظريات خاطئة اثبت خطئها الواقع لان المجتمع الذي لبتعد عن الاخلاق العالية ولم يتقيد بقيد الدين او الاخلاق او لم يعر للجانب الانساني اهمية ولم تنهذب فيه الدوافع الجنسية انتهت الامر به للغرق في ازدياد مضطرب في الشذوذ الجنسي والامراض المستشرية التي لا يقف عندها حد^(١).

ثم ان ذلك يؤدي الى تهيش القيم والاخلاقيات التي يقرها المجتمع الاسلامي هذا وان فعل تغيير الجنس له تأثير على المجتمع من جانب رئيس يتمثل في اضرار الفعل الخلقية وتأثيرها على الاسوياء.

اذ اننا لو تحرينا واقعا منصفين لوجدنا ان جميع ما حل بالمجتمع من تاخر للنهوض ومن تدهور وانحطاط وتحلل خلقي تعود كلها الى الانحراف الجنسي. ولوجدنا ان العامل الرئيس هو نفسي التخنث والتميع والتلين الذي ينصف به شباب مجتمعاتنا اليوم وما هذه التصرفات البعيدة عن الحياء الذي اصيب بها الشباب المسلم الا مثالا عليها والتي لا تقف عند حد، بل انها خرجت عن المألوف حتى انها دخلت اغلب البيوت بواسطة وسائل الاعلام المرئية. ليتعلم من خلالها الشاب كيف يضاجع وكيف يتبادل القبلات وكيف يستلقي مع من يحب كل ذلك تحت شعار نشر الثقافة. والافلام الماجنة ما هي الا دالة على ذلك والتي دخلت على مجتمعاتنا المليئة بالمفريات وما الى غير ذلك من الموبقات^(٢). كله يعود الى تأثير انواع الشذوذ هذه ومنها الحالة موضوعة البحث، عندما يجرو شخص ان يعيث بما فطر عليه من خلقه سوية ارتضى الله تعالى ان يكون بني البشر عليها حيث قال تعالى (لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ)^(٣). والتي فسرها المفسرون بان خلقه الانسان كان في جنس اعدل قامة واحسن صورة مكمل بالعقل والمعرفة متصفا بالحياة والعلم والارادة والقدرة والتدبير والحكمة اما معنى التقويم فهو التنقيف والتعديل^(٤).

(١) ابراهيم النعمة - اخلاقنا او النمار - ط ٣ - شركة مطبعة الزهراء الحديثة المحدودة - ١٩٨٦ ص ٣٩.

(٢) د. عبد السلك عبد الرحمن السعدي - المرجع السابق - القسم الاول ص ٣٨٩.

(٣) سورة التين / الآية ٣.

(٤) حسنين محمد مخلد - المرجع السابق - ص ٨١٣.

كل هذه المعاني السامية التي ارادها سبحانه وتعالى لبني البشر نبعد عنها كل البعد اذا فتحنا الباب امام مثل هذه الافعال تدخل مجتمعاتنا، بل وانها ستكون ذات نتائج سلبية بتأثيرها في حالة نفسيها على الاسوياء من افراد المجتمع للانخراط الى هذه الملمات وورائها.

هذا ومنعا للنفس وحماية لمصالح المجتمع في الحفاظ على قيمه واخلاقه تتبع الضرورة الملحة لتدخل المشرع والنص عليها باعتبارها جريمة معاقبا عليها.

حتى ان مبدأ لا جريمة ولا عقوبة بغير نص له اهمية كبيرة. فهو يفرض على المشرع تحديد أركان كل جريمة وتعيين عقوبة لمرتكبها بدقة ووضوح في رسم بالنص عليها الحدود الفاصلة بين انماط السلوك غير المشروع وبين ما عداها، مما يكون مؤهلا للأفراد في المجتمع انتهاج السلوك المشروع وتجنب السلوك غير المشروع. وهو الوقت نفسه ضمانه لحماية حرية وحقوق الأفراد من تحكم القضاء في تجريم سلوك غير منصوص عليه وفرض عقوبة لم ينص عليها القانون، فهو بذلك يضفي الشرعية على العقوبة مما يجعلها مقبولة كونها مفروضة بحكم القانون الذي يرمي المشرع من وراء النص عليها تحقيق المصلحة العامة^(١).

والمصلحة العامة للمجتمع هو ان يحتفظ بكل مقومات اخلاقه وتراثه الانساني لكي يواكب التطورات بخطواتها السريعة نحو الرقي والتقدم والازدهار.

وان الاسلام يقر بكل الوظائف الاجتماعية للعقاب الذي يعده جزاء عادل على اقتراف الانحراف ويحقق وظائف الردع العام، اذ يرسخ امام افراد المجتمع فكرة ان ينالهم العقاب اذا اقدموا على الانحراف مما يجعل العقلاء لا يقدموا عليه، وهو يحقق التماسك الجماعي ايضا والدفاع عن الاسس البنائية للمجتمع الاسلامي التي تتمثل في النظم والقيم والفضائل واشباع الشعور بالامن ونشر العدل بين الناس وفوق هذا وذاك فهو تطبيق لأوامر الله تعالى^(٢).

ورفض مثل هذه العمليات وتحريم الاقدام عليها، والاشتمزاز منها كان حصيلة ممن تم اعلامهم من قبلي عن الحالة وسوالي لهم عن رأيهم بهذا الخصوص الكل اجابوا باستغراب واستهجان لمن يقدم على مثل هذا الفعل وما يقوم به الاطباء من وضعهم اطراً لمثل هذه الجراحات المشبوهة وغير الاخلاقية.

من كل ذلك نطلب السبق للمشرع لمنع هذه الافعال وبالتالي خلق قيم اخلاقية تكون على مر الزمن شعور اجتماعي بالطمأنينة على تصرفات افراد المجتمع بل تكون سوية ومتوافقة مع

(١) د. اكرم نشأت - السياسة الجنائية - دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص ٤١ .

(٢) د. نبيل السمالوطي - علم اجتماع العقاب - الجزء الاول - دار الشروق للنشر والتوزيع والطباعة بنون سنة طبع -

الخاتمة

بعد ان تم بعون الله تعالى الانتهاء من دراسة عملية تغيير جنس الانسان ضمن اطار القانون الجنائي والشريعة الاسلامية، فإنه يجدر ان نختتمها باهم النتائج والتوصيات والتي يمكن اجمالها على النحو الآتي:

- النتائج -

اولاً: المقصود بتغيير الجنس هو التغيير الظاهري الذي يحصل عليه بموجب تدخل جراحي يجعل من الشخص محل التغيير على هيئة وشكل الجنس المعاكس لجنسه ويأتي تلبية لرغبة غير مبررة لهؤلاء الافراد العاديين في تكوينهم الفسيولوجي، في الوقت الذي يشكل هذا الفعل اعتداء على السلامة الجسدية الذي لا مبرر له من الناحية الطبية ويعد كذلك تجاهلاً من الاطباء للتركيب البايولوجي لهؤلاء الاشخاص.

ومن هنا أكد ضمن مجريات الدراسة على التغيير الظاهري لتعريفه من هذه الجهة ومنعاً لاختلاطه بالجراحات الأخرى ودواعيها الطبية كجراحة تصحيح الجنس التي تجري لمرضى اضطراب الهوية الجنسية وجراحة تثبيت الجنس الظاهر وإظهار الجنس الغالب للأعضاء المغمورة للخنثى من جهة أخرى.

ثانياً: ان ما يجري للشخص محل التغيير هو طمس المعالم الجنسية للأعضاء التناسلية دونما اكتساب للصفات الجنسية الحقيقية للجنس الآخر، حيث يكون التغيير ظاهري فقط وان جوهر التركيب الكروموسومي والهزموني يبقى على ما هو عليه جنسه.

ثالثاً: حرمة هذه العمليات المشبوهة لما تتضمنها من أحداث أشياء غير موجودة أصلاً. وخوضها في أشياء محرمة بغية عن الفطرة السوية. فضلاً عن النص القرآني والأحاديث النبوية الواردة بهذا الشأن وما قرره علماء الدين من حرمة بدالة النصوص هذه والتي تم عرضها.

رابعاً: عدم وجود دواعٍ طبية أو علاجية كما يتبين ومن خلال وجهة النظر العلمية ومن خلال الرجوع إلى المؤلفات الطبية والتي تحدد المسارات العلاجية لهذه الأمراض والتي لم يكن من بينها التداخل الجراحي مما يسوغ لنا القول بموجب ذلك ان الدواعي الطبية غير متوفرة.

خامساً: ان تجاهل النظر بعين الاعتبار إلى هذه الأفعال بغية الحد منها يعد تشجيعاً لها الأمر الذي يؤدي إلى انتشارها ومن ثم انتشار الأمراض معها انتشاراً مفرغاً لا يحمد عقابها.

سادساً: أكثر المعايير دقة هو المعيار البايولوجي لما له من أساليب متطورة تتبع في إجراءاته التشخيصية من جهة وتحديد جنس الإنسان وفق تركيبه البايولوجي من جهة أخرى وان ذلك لا يعني عن الاعتماد على المعايير الأخرى فيكون الأنجع الاعتماد عليها جميعاً.

سابعاً: توصلنا من خلال المقارنة الجارية والشرح المتقدم ان هناك اختلافاً واضحاً بين حالات الشذوذ الجنسي واضطراب الهوية الجنسية والخنثى وبعض الشذوذات العضوية الاخرى وحالة تغيير جنس الانسان، لكن هذا لا يفتح القول معه ان من يطلب التغيير غير شاذ، فشذوه هنا يكون فكري لذلك اقتضى امر علاجه بالتقويم النفسي لجعله يتلائم مع الوضع الطبيعي للانسان السوي.

ثامناً: من خلال العرض توصلنا الى ضعف الحجج التي على اساسها أُبِحَ فعل تغيير الجنس في الدول صاحبة القوانين التي نظمت هذا الفعل صراحة وكذلك القوانين التي استندت في اباحة فعل التغيير الى اباحة الاختصاص والعقم وكذلك تنفيذ آراء الذين اباحوا فعل التغيير باسناده الى القواعد العامة في اباحة اعمال الجراحة والعلاج والتي اقتضى مناقشتها لهذا السبب ضمن المطلب الخاص بالقوانين التي لم تنظم عمليات تغيير الجنس وانما تم اقرارها من قبل الفقهاء وقرارات المحاكم التي قضت بمشروعيتها بالرغم من عدم وجود نصوص فيها.

تاسعاً: حماية جسد الانسان شرعاً وقانوناً.

أ. تقرر شريعتنا الغراء وفقهاؤها الاجلاء حماية جسد الانسان وأعضائه في مواجهة الغير ومواجهة الشخص نفسه عبر وسائل متعددة كالقصاص والدية وضمن نطاق واسع يشمل الاعضاء الجسدية الظاهرة والباطنة وفعل الاعتداء على الاعضاء الجسدية يعد من قبيل جنابة ما دون النفس ولا يخول صاحبها اباحة الاعتداء على حقه في السلامة الجسدية وذلك لان هذا الحق يعد من الحقوق المشتركة بين العبد وربه.

ب. وكذلك الامر بالنسبة للقانون الجنائي فان المشرع يضيف للحماية الجنائية على الاعضاء جميعاً وذلك بايراده النصوص القانونية التي تحرم الاعتداء على السلامة الجسدية والتي لم تعد بالرضا سبباً مباحاً لهذا الاعتداء بل والاكثر من ذلك فان قسم منها يحرم الاعتداء الواقع من ذات الشخص كما هو الحال في قانون العقوبات العسكري العراقي.

عليه فان القانون يقرر هذه الحماية تلبية لرغبة المشرع في ان يبقى مجموع الافراد كلاً مؤدياً لدوره في البناء والتطور.

عاشراً: ان فعل تغيير جنس الانسان يندرج واحكام الجرائم العمدية ذلك لان الفاعل عندما يقدم على هذا الفعل يكون مريداً له وان لرادته اتجهت الى احداث النتيجة التي تمخضت عن الفعل كآثر مترتب لها مع توافر العلاقة السببية بين الفعل والنتيجة، واتجاه ارادته يمثل قصده الجنائي المتوافر بعنصره العلم والارادة.

ذلك لان للانسان على جسده واعضائه حقاً يتمثل باحدى القيم التي تشكل مقومات شخصيته والتي بينا ضمن مجريات الموضوع انها تدخل ضمن طائفة الحقوق الملازمة للشخصية والتي لا تبيح لايا كان الاعتداء عليها، وان ما يقوم به الطبيب يعد اعتداءً على هذا الحق مسبباً بفعله هذا تشويهاً في الاعضاء الجنسية للشخص محل التغيير وبالتالي احداثاً من قبله لجريمة العاهة المستديمة، أي ان فعل الطبيب يأخذ وصف جنائية او جنحه حسب النتائج الفاجمة عن فعل الايذاء المقصود هذا من جهة ومن جهة اخرى فهو يعد من قبيل الجراحات غير المصرح بأجرائها طبياً وجراحياً.

التوصيات

اولاً: نقترح تنظيم قواعد قانونية خاصة بعمليات تغيير جنس الانسان.
ثانياً: في قانون العقوبات، يا حبذا لو ان المشرع الجنائي حداً حدو تجريم الافعال الخاصة بالايذاء الواقع على النفس من الشخص نفسه او بواسطة الغير بغية التخلص من اداء الواجب الوطني في خدمة العلم الواردة في قانون العقوبات العسكري.

عليه اقترح تبني النص الآتي:-

أ- لا يجوز اجراء أي عمل طبي من شأنه ان يؤدي الى تشويه في الاعضاء الجنسية او يحدث انتقاصاً فيها.

وبعاقب بالعقوبات ذاتها - بحسب الاحوال - كل من

١. تسبب في تغيير جنسه.

٢. تعمد بنفسه او سمح لغيره بتغيير جنسه.

ب- اضافة نص صريح يضاف لصور العاهة المستديمة الواردة في القانون وهو "قطع عضو التناسل الذكري او الانثوي كلا أو جزءاً".

ويصبح النص في القانون على النحو الآتي :

(وتتوفر العاهة المستديمة اذا نشأ عن الفعل قطع أو انفصال عضو من أعضاء الجسم أو بتر جزء منه أو فقد منفعته أو انقصها أو جنون أو عاهة في العقل أو تعطيل الحواس تعطيل كلياً أو جزئياً بصورة دائمة أو تشويه جسم لا يرجى زواله أو خطر حال على الحياة أو قطع عضو التناسل الذكري أو الانثوي كلا أو جزءاً).

اما فيما يخص المؤسسة العلاجية التي تجرى فيها العملية فان قانون العقوبات العراقي في

المادة ٨٠ منه ينظم احكام وشروط مسائلة الشخص المعنوي، اذ يمكن ان تنسب للشخص المعنوي

كافة الجرائم الواردة في القانون اذا ارتكبت من قبل ممثلوها او مديريها او وكلاؤها لحسابها او

باسمها، عليه يبقى الحال فيها على ما هو عليه لامكانية مساائلة المؤسسة العلاجية فيها وفقاً لما يتطلبه قانون العقوبات من شروط.

ثالثاً: مما لا شك ان الشخص المعنوي بعد مظهره حضارياً وركيزة للتقدم واستمراره للتطور ولتحقيق هذه الاستمرارية وجب المحافظة على الاشخاص المعنوية، لكن هذه المحافظة يجب ان لا تتعارض مع متطلبات القانون واهدافه الا اذا كان هناك نشاطا غير مشروع يرتكب باسم ولحساب هذه الاشخاص، الا اننا ندعو انتهاز الخط الوسط في تقرير العقوبات أي معاقبة الاشخاص المعنوية على كل الانشطة غير المشروعة مع التفرق في العقوبات المفروضة عليه والابتعاد عن موضوع الغلق والحل لان الشخص المعنوي الذي نحن بصدده مؤسسة علاجية تقدم خدمات لمرضاها وان المستشفيات لا تخلو منهم لكن يتم التشديد بفرض العقوبة في حالة العود.

رابعاً: ضرورة الالتزام بمبادئ الشريعة الاسلامية والعودة الى هذا التشريع الذي اثبت للجميع ان لولاه لتهاوى البناء الاخلاقي والاجتماعي، خصوصاً انه عالج الكثير من الافكار المحدثة في المجال الجنائي، اذ سبق للتشريع الاسلامي التصدي اليها منذ بدء الرسالة ومنها الحالة موضوعة البحث.

خامساً: جعل كل القرارات الخاصة بالغلق وبقية العقوبات ومنح الاجازة وسحبها واللجان التحقيقية وصلاحياتها منوطاً بالاجهزة القضائية لا ان يتم الاعتماد على الجهات الادارية في ذلك، لان الامعان والتغاضي يجعل من هذه الجهات جهات قضائية بالوقت الذي تكون فيه هذه الجهات غير عالمة ومفتقرة لايست متطلبات المعرفة القانونية وان ذلك يبعد القضاء عن مبعثه من جهة وبفقدته استقلاليته من جهة اخرى.

سادساً: جعل هذه الدراسة مادة لولية يتم الاعتماد عليها في اجتهادات كل من له علاقة بهذا الامر في انتظار اصدار القانون المرتقب، اسوة ببقية القوانين التي صدرت بناء على التوصيات والابحاث والدراسات التي قدمت بشأنها قبل تصدي القوانين لها.

سابعاً: ضرورة التاكيد على ان الذين يقدمون على تغيير جنسهم انما هم غير اسوياء ويحتاجون الى تاهيل نفسي وصحي واجتماعي لاعادتهم الى الوضع الطبيعي وجعل ذلك هو الاصل. والوضع الطبيعي عموماً هو الفطرة الربانية القويمة التي لرنات ان يكون عدد كذا من الذكور وعدد كذا من الاناث في المجتمعات كافة التي تقطن هذا الكوكب، وان ذلك يتم بطبيشة ربانية بحنة لا دخل للانسان فيها، كما يتم التاكيد على ضرورة الابتعاد عن كل ما من شأنه الاخلال به والتصدي لهذه التوجهات المنحرفة التي بدأت تظهر. واقترح ان يتم ذلك

بشتى الطرق والأساليب ومنها الجانب الاعلامي لما يتاح لهذا الجانب من اساليب تربية
ومنها أسلوب نشر التوعية في المجالات كافة وعبر وسائله المرئية وغير المرئية.
ثامنا: التأكيد في مجال تعليمات السلوك المهني للأطباء على ضرورة عدم اللجوء الى اجراء
عمليات تغيير الجنس بأي صورة كانت.

ومن الله التوفيق

ثبت المراجع باللغة العربية

أولاً: كتب التفسير

١. أبو علي الفضل الطبرسي - مجمع البيان في تفسير القرآن - الجزء الثالث والرابع - دار احياء التراث العربي - بدون سنة طبع.
٢. حسنين محمد مخلف - صفوة البيان لمعاني القرآن - الطبعة الثالثة - شركة مطبعة ذات السلاسل - الكويت - ١٩٨٧.
٣. سيد قطب - في ظلال القرآن - المجلد الثاني - الاجزاء ٥-٧ الطبعة ١٧ - بيروت/ دار الشروق ١٩٩٢.
٤. عماد الدين أبي الفداء بن كثير - تفسير القرآن العظيم لابن كثير - الطبعة الاولى - المجلد الاول دار الفحاء دمشق / دار السلام الرياض ١٩٩٤.
٥. محمد علي الصابوني/ صفوة التفسير - الطبعة الخامسة - المجلد الاول - دار القلم بيروت - لبنان مكتبة جدة ١٩٨٦.

ثانياً: المصادر الشرعية

٦. أبو بكر جابر الجزائري - منهاج المسلم - كتاب عقائد واداب واخلاق وعبادات ومعاملات مكتبة دار الجديدة ١٩٩٣.
٧. أبو حامد الغزالي - الحكمة في مخلوقات الله - تحقيق د. رشيد رضا - دار احياء العلوم بيروت ١٩٨٤.
٨. أبي عبد الله بن الأزرق - بدائع السلك في طبائع الملك - تحقيق د. علي سامي النشار - منشورات وزارة الاعلام - سلسلة كتب التراث ١٩٧٧.
٩. أبي عبد الله محمد أبي بكر ابن قيم الجوزية - اشاعة اللفهان من مصائد الشيطان - تحقيق محمد حامد الفقي - دار الفكر للنشر والتوزيع - الاردن - عمان - بدون سنة طبع.
١٠. أبي محمد عبدالله بن احمد المقدسي المغني - المغني لابن قدامة - الجزء السادس - مكتبة الرياض الحديثة - مطبوعات رئاسة ادارات البحوث العلمية والافتاء والدعوة والارشاد - السعودية ١٩٨١.
١١. أبي محمد عبدالله بن احمد المقدسي المغني - المغني لابن قدامة - الجزء الثامن - مكتبة الرياض الحديثة - مطبوعات رئاسة ادارات البحوث العلمية والافتاء والدعوة

والارشاد- السعودية ١٩٨١.

١٢. الشافعي محمد بن ادريس- الام- كتاب مختصر المزنى - الطبعة الثانية- الجزء الثامن
دار المعرفة بيروت ١٩٨٣

١٣. الشافعي محمد بن ادريس - الرسالة - الطبعة الاولى - مطبعة الباني الحلبي واولاده -
مصر ١٩٤٠.

١٤. محمد شلتوت - من توجيهات الاسلام - الطبعة السابعة - دار الشروق ١٩٨٣

١٥. يحيى الدين ابي زكريا بن شرف النووي - رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين -
تقديم وتعليق محمد علي القطب - الطبعة الثالثة - المكتبة العصرية للطباعة والنشر
والتوزيع - بيروت - لبنان ٢٠٠٠

ثالثا: كتب الفقه والحديث

١٦. د. ابو اليقظان عطية الجبوري - حكم الميراث في الشريعة الاسلامية - الطبعة الاولى
- دار حنين جامعة اليرموك ١٩٩٥.

١٧. ابي زكريا يحيى بن شرف النووي - رياض الصالحين - الطبعة الرابعة - تحقيق
حسان عبد المنان المكتبة الاسلامية - ١٩٩٣

١٨. احمد بن علي بن حجر العسقلاني - فتح الباري في شرح صحيح البخاري - الطبعة
الاولى - الجزء العاشر - دار السلام للرياض - دار الفحاء للطباعة والنشر والتوزيع -
دمشق ١٩٩٧.

١٩. بدران ابو العنين بدران - الميراث المقارن بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري - دار
المعارف - مصر - ١٩٧١

٢٠. سيد سابق - فقه السنة - الطبعة ١١ - الجزء الثالث - دار الفتح للاعلام العربي - القاهرة
١٩٩٤.

٢١. عبد الرحمن الجزيري - فقه السنة على المذاهب الاربعة - الجزء الخامس - الطبعة
الاولى - دار الفكر بيروت - لبنان ١٣٩٢ هـ - ١٩٧٢ م

٢٢. د. قحطان عبد الرحمن الدوري - صفوة الاحكام من نيل الاوطار وسبل الاسلام - الطبعة
الثانية - مطبعة الارشاد - بغداد ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م

٢٣. محمد زيد الابياني - شرح الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية - الجزء الثالث -
مكتبة النهضة - بيروت - بغداد.

٢٤. د. محمد فاروق النبهان - المدخل للتشريع الاسلامي - الطبعة الاولى - دار القلم بيروت
١٩٧٧.

٢٥. مسند الإمام أحمد - للإمام أحمد بن حنبل - موسوعة الحديث الشريف - شركة البرامج الإسلامية التولية - الإصدار الثاني - ٩١-١٩٩٧.
٢٦. صحيح البخاري - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري - دار ابن كثير - الطبعة ١٩٨٧/٣
٢٧. صحيح مسلم - أبو الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري - دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان بدون سنة طبع .
٢٨. سنن أبي داود - سليمان بن الأشعث بن إسحاق السجستاني - طبعة دار الفكر .
٢٩. الزوائد ومنبع الفوائد - علي بن أبي بكر الهيثمي - دار الريان للتراث ودار الكتاب العربي - القاهرة - بيروت ١٤٠٧هـ
٣٠. سبل السلام - شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام - محمد بن إسماعيل الأمير - الطبعة الرابعة دار إحياء التراث العربي - بيروت ١٣٧٩هـ
٣١. نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار - شرح منقلى الأخبار - محمد بن علي بن محمد الشوكاني - طبعة دار الجيل - بيروت - لبنان ١٩٧٣.
- رابعاً: المراجع القانونية
-
٣٢. إبراهيم المشاهدي - المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز - القسم الجنائي - مطبعة الجاحظ - بغداد ١٩٩٠.
٣٣. أحمد عبد الظاهر الطيب - موسوعة التشريعات الجنائية - دار الكتب القانونية - المحلة الكبرى ١٩٩٨.
٣٤. د. أحمد علي الخطيب - موجز أحكام الميراث - الطبعة الثانية - مطبعة المعارف - ١٩٦٨.
٣٥. د. أحمد شوقي أبو خطوة - القانون الجنائي والطب الحديث - دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٩٥.
٣٦. د. إسماعيل مرزة - القانون الدستوري - دراسة مقارنة - دار صادر - منشورات الجامعة اللبنانية - بدون سنة طبع.
٣٧. د. أكرم نشأت - السياسة الجنائية دراسة مقارنة - الطبعة الثانية - شركة ابن لطباعة الفنية المحدودة ١٩٩٩.
٣٨. د. أكرم نشأت - القواعد العامة في قانون العقوبات المقارنة - الطبعة الأولى - مطبعة الفتى ١٩٩٨.

٣٩. د. اكرم نشأت - الاحكام العامة في قانون العقوبات العراقي - مطبعة اسعد بغداد ١٩٦٢.
٤٠. باسيل يوسف - دبلوماسية حقوق الانسان المرجعية القانونية والاليات - الطبعة الاولى - الناشر بيت الحكمة بغداد ٢٠٠٢.
٤١. د. توفيق الشاوي - محاضرات عن المسؤولية الجنائية في التشريعات العربية - جامعة الدول العربية - معهد الدراسات العربية العالية ١٩٥٨.
٤٢. د. رياض القيسي - علم اصول القانون - الطبعة الاولى - بيت الحكمة - بغداد ٢٠٠٢.
٤٣. جارلس أي اوهارا وغريغوري إل وهارا - اسس التحقيق الجنائي - ترجمة بهجت البكري - الجزء الثاني - مطبعة التعليم العالي - ١٩٨٩.
٤٤. المحاميان جمال عبد الغني ومحمد محمود - موسوعة التشريع الاردني - الطبعة الاولى - الجزء السادس عشر دار البشير للنشر والتوزيع - عمان الاردن - ١٩٨٩.
٤٥. جندي عبد الملك - الموسوعة الجنائية - الجزء الخامس ط ١ - دار احياء التراث العربي بيروت.
٤٦. د. حسن عبدالمؤمن بدران - العقد والجزاء الجنائي - دراسة مقارنة - الناشر دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٣.
٤٧. د. حسن الجوخدار - شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية - ط ١ - دار الثقافة للنشر والتوزيع ١٩٩٢.
٤٨. د. حسن صديق المرصفاوي - المرصفاوي في قانون العقوبات الخاص - دار المعارف - الاسكندرية - ١٩٧٨.
٤٩. د. حميد السعدي - شرح قانون العقوبات الجديد - الجزء الاول - دار الحرية للطباعة - بغداد ١٩٧٦.
٥٠. د. حميد السعدي - شرح قانون العقوبات الجديد - الجزء الثالث - دار الحرية للطباعة - بغداد ١٩٧٦.
٥١. د. حميد السعدي - جرائم الاعتداء على الاشخاص - دراسة مقارنة بين القانون العراقي والفرنسي والسوفيتي مطبعة المعارف بغداد ١٩٦٥.
٥٢. حميد السعدي عامر عبيد المشاي - المسؤولية الطبية من الوجهة الجنائية - دار الثقافة للطباعة والنشر والتوزيع ١٩٩٦.
٥٣. د. سامي النصرلوي - دراسة في اصول المحاكمات الجزائية - الجزء الاول - مطبعة دار السلام - بغداد ١٩٧٦.
٥٤. سلمان بيات - اقتضاء الجنائي العراقي - الجزء الثالث - شركة النشر والطباعة العراقية المحدودة ١٩٤٩.

٥٥. د. سعيد حسب الله - شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية - دار الحكمة للطباعة والنشر - الموصل ١٩٩٠.
٥٦. د. شوكت عليان - موانع النكاح في الاسلام - مطبعة الجامعة بغداد - ١٩٨٠.
٥٧. د. صالح عبد الزهرة حمون - احكام التفويض واثاره في القانون العراقي دراسة مقارنة - الطبعة الاولى مطبعة الاديب البغدادية ١٩٧٩.
٥٨. د. ضاري خليل محمود - اثر رضا المجني عليه في المسؤولية الجزائية - الطبعة الاولى - دار القادسية للطباعة ١٩٨٢.
٥٩. د. ضاري خليل محمود - البسيط في شرح قانون العقوبات - القسم العام - الطبعة الاولى - للناشر صباح صادق ٢٠٠٢.
٦٠. د. عباس الحسني - شرح قانون العقوبات العراقي وتعديلاته - المجلد الثاني - القسم الخاص - مطبعة العاني ١٩٧٤.
٦١. د. عباس الحسني - شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية الجديد - المجلد الاول - مطبعة الارشاد بغداد ١٩٧١.
٦٢. د. عبد الامير العكيلي - د. سليم حربه - شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية - الجزء الاول - شركة اباد للطباعة التقنية ١٩٨٨.
٦٣. عبد الحميد العبيدي - الطب والعلوم - الشريعة والقانون - سلسلة المائدة الحرة - بيت الحكمة - ٤٤ / ١٩٩٩.
٦٤. د. عبد الخالق النواوي - جرائم الجرح والضرب في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي المكتبة العصرية بيروت - بدون سنة طبع.
٦٥. د. عبد القادر عودة - التشريع الجنائي الاسلامي مقارنا بالقانون الوضعي - القسم العام - الطبعة الثالثة - مكتبة دار للعروبة - مطبعة المنني - ١٩٦٣.
٦٦. د. عبد الكريم زيدان - العقوبة في الشريعة الاسلامية - الطبعة الثانية - مؤسسة الرسالة - لبنان ١٩٨٨.
٦٧. د. عبد الكريم زيدان - نظام القضاء في الشريعة الاسلامية - الطبعة الاولى - مطبعة العاني - بغداد ١٩٨٤.
٦٨. علي السعالك - الموسوعة الجنائية في القضاء الجنائي العراقي - الطبعة الاولى - الجزء الرابع - مطبعة الارشاد بغداد ١٩٦٦.
٦٩. د. علي حسين خلف و د. سلطان الشاوي - المبادئ القانونية في قانون العقوبات ١٩٨٢.
٧٠. د. عبد الملك عبد الرحمن السعدي - العلاقات الجنسية غير الشرعية وعقوبتها في الشريعة والقانون - القسم الاول دار الانبار للطباعة والنشر ١٩٨٩.

٧١. د. عبد الملك عبد الرحمن السعدي- العلاقات الجنسية غير الشرعية وعقوبتها في الشريعة والقانون- القسم الثاني دار الانبار للطباعة والنشر ١٩٨٩.
٧٢. د. عوض محمد - جرائم الاشخاص والاموال- دار المطبوعات الجامعية- الاسكندرية ١٩٨٥.
٧٣. د. فتحي عبد الرحيم عبد الله - دروس في مقدمة العلوم القانونية- نظرية الحق - مكتبة جلاء - المنصورة ١٩٧٨.
٧٤. د. فخري عبد الرزاق الحديثي- شرح قانون العقوبات- القسم العام- مطبعة اوفسيت الزمان- بغداد ١٩٩٢.
٧٥. د. فخري عبد الرزاق الحديثي- شرح قانون العقوبات- القسم الخاص- مطبعة الزمان- بغداد ١٩٩٦.
٧٦. د. فوزية عبد الستار- شرح قانون العقوبات- القسم الخاص- دار النهضة العربية- القاهرة ١٩٨٢.
٧٧. د. كامل السعيد - شرح قانون العقوبات الاردني المعدل رقم ٨٦ لسنة ٢٠٠١- دراسة تحليلية تفصيلية مقارنة دائرة المطبوعات والنشر- عمان- الاردن- ٢٠٠٢.
٧٨. د. كامل السعيد- شرح الاحكام العامة في قانون العقوبات - دراسة مقارنة- الطبعة الاولى- اذار العلمية والدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع- عمان- الاردن ٢٠٠٢.
٧٩. د. كامل السعيد - شرح الاحكام العامة في قانون العقوبات- في الجريمة والمساهمة والمسؤولية والجزاء الجنائي- دراسة مقارنة ١٩٩٨.
٨٠. د. كامل السعيد- الاحكام العامة للجريمة في قانون العقوبات الاردني- دراسة تحليلية مقارنة- الطبعة الاولى - المؤسسة الصحفية الاردنية- الراي - بدعم من الجامعة الاردنية ١٩٨١.
٨١. د. محمد كمال الدين امام- المسؤولية الجنائية اساسها وتطورها - الطبعة الثانية- المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع- ١٩٨١.
٨٢. د. ماهر عبد شويش- شرح قانون العقوبات- القسم الخاص- الطبعة الاولى - دار الكتب للطباعة والنشر- الموصل ١٩٨٨.
٨٣. د. مصطفى ابراهيم الزلمي- المسؤولية الجنائية في الشريعة الاسلامية- دراسة مقارنة بالقانون الوضعي- الجزء الاول مطبعة اسعد - بغداد ١٩٨٢.
٨٤. مصطفى كامل منيب- مجموعة القوانين المصرية- قوانين الاحوال الشخصية- دار الفكر العربي - مطبعة الفكرة الاسماعيلية- ١٩٥١.

٨٥. د. محمد زكي ابو عامر - قانون العقوبات اللبناني - القسم العام - الدار الجامعية للطباعة والنشر ١٩٨١.
٨٦. د. احمد عبد الغريب - التجارب الطبية والعلمية وحرمة الكيان الجسدي للانسان - الطبعة الاولى - بدون دار نشر ١٩٨٩.
٨٧. د. محمد شلال العاني - التشريع الجنائي الاسلامي - دراسة تاصيلية مقارنة باحكام القانون الوضعي ونظرياته الفقهية المعاصرة - الطبعة الثانية - مؤسسة مروة للطباعة - ١٩٩٦.
٨٨. د. محمد صبحي نجم - الجرائم الواقعة على الاشخاص - الطبعة الاولى - دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان ١٩٩٤.
٨٩. د. محمد فائق الجوهري - المسؤولية الطبية في قانون العقوبات - القسم الخاص - دار الحرية للطباعة - بغداد ١٩٧٧.
٩٠. د. محمد نوري كاظم - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - دار الحرية للطباعة - بغداد ١٩٧٧.
٩١. د. محمود عثمان الهمشري - المسؤولية الجنائية عن فعل الغير - الطبعة الاولى - دار الفكر العربي ١٩٦٩.
٩٢. د. محمود محمود مصطفى - مسؤولية الاطباء والجراحين الجنائية - دار الاسراء للنشر والتوزيع ١٩٩٨.
٩٣. د. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٩٢.
٩٤. د. منذر الفضل - التصرف القانوني في الاعضاء البشرية - الطبعة الاولى - دار الشؤون الثقافية العامة بغداد ١٩٩٠.
٩٥. د. هاني سليمان الطعيمات - حقوق الانسان وحرياته الاساسية - الطبعة الاولى - دار الشروق للنشر والتوزيع - عمان - الاردن - ٢٠٠١.
٩٦. د. نبيل السمالوطي - علم اجتماع العقاب - الجزء الاول - دار الشروق للنشر والتوزيع والطباعة - بدون سنة طبع.

خامسا: المراجع المتخصصة

٩٧. د. ابتسام نجيب الحجة - علم الفلسفة - علم وظائف الاعضاء - دار المثى للطباعة والنشر - ١٩٨٢.

٩٨. د. احمد محمود سعد. تغيير الجنس بين الحظر والاباحة- دراسة مقارنة - الطبعة الاولى دار النقيضة العربية للطبع والنشر والتوزيع ١٩٩٣.
٩٩. د. احمد محمود سعد- زرع الاعضاء بين الحظر والاباحة- موسوعة القضاء والفقه للدول العربية- الجزء ٣٠٠ - القسم الثاني- الدار العربية للموسوعات ١٩٨٧.
١٠٠. د. الشهابي ابراهيم الشرفاوي - تثبيت الجنس واثاره- دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي- الطبعة الاولى- دار الكتب- القاهرة ٢٠٠٢.
١٠١. تغريد عبد الله الدغمي- الاخطاء الطبية ومسؤولية الطبيب - دراسة فقهية قضائية مقارنة مع التركيز على النواحي الجنائية- دار ائس للنشر والتوزيع ٢٠٠٣.
١٠٢. هيثم حامد المصاروة- تنظيم القانوني لعمليات زرع الاعضاء البشرية- ط١- دار المنامج للنشر والتوزيع- عمان الاردن - ٢٠٠٠.
١٠٣. د. حسن عودة زعال - التصرف غير المشروع بالاعضاء البشرية في القانون الجنائي- دراسة مقارنة الطبعة الاولى- لدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان ٢٠٠١.
١٠٤. د. عامر قاسم احمد القيسي - مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الصناعي- دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الاسلامي- ط١- السدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان الاردن - ٢٠٠١.
١٠٥. د. علي غالب ياسين - علم التشريح - الطبعة الاولى- دار الحرية للطباعة- بغداد- ١٩٨٥.
١٠٦. د. علي حسين نجيدة- بعض صور التقدم الطبي وانعكاساتها القانونية في مجال القانون المدني (التلقيح الصناعي وتغيير الجنس) مطبعة كلية الحقوق- جامعة القاهرة- مصر - ١٩٩١/٩٠.
١٠٧. د. محمد بشير شريم- الاخطاء الطبية بين الالتزام والمسؤولية- جمعية عمال المطابع التعاونية عمان- الاردن ٢٠٠٠.
١٠٨. محمد رفعت- العمليات الجراحية وجراحة التجميل- اشترك في تأليف نخبة من اساتذة كلية الطب بمصر- الطبعة الثانية- دار المعرفة للطباعة والنشر- بيروت- لبنان ١٩٧٧.
١٠٩. د. محمد حسين منصور - المسؤولية الطبية- موسوعة القضاء والفقه للدول العربية- الجزء ٢٤١ القسم الثاني- الدار العربية للموسوعات ١٩٧٨.
١١٠. د. محمد يوسف النجار و د. ريتشارد ماكوليامز- العظام في الدراسات الانثروبولوجية والطبية والجنائية - ترجمة د. محمد يوسف النجار- الطبعة الاولى- مطبعة ذات السلاسل للطباعة والنشر ١٩٨٩.
١١١. د. محمد عبد الوهاب الخولي- المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الاساليب المستحدثة في الطب والجراحة دراسة مقارنة- الطبعة الاولى- بدون دار نشر ١٩٩٧.

١١٢. موفق علي عبيد- المسؤولية الجزائية للأطباء عن افشاء السر المهني- الطبعة الاولى- دار الثقافة للنشر والتوزيع- عمان - الاردن- ١٩٩٨.
١١٣. نزار عرابي- مسؤولية الطبيب عن خطئه في التشخيص - مجلة المحامون السورية الاعداد- ٦ السنة ١٩٦٣.
١١٤. هدى سالم محمد الاطرجي- مسؤولية مساعدي الطبيب الجزائية- دراسة مقارنة- الطبعة الاولى- الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع عمان- الاردن ٢٠٠١.
١١٥. د. وصفي محمد علي- الطب العدلي علماً وتطبيقاً - الطبعة الثالثة- مطبعة المعارف- بغداد ١٩٧٠.

سادساً: رسائل الدكتوراه والماجستير

١١٦. امل فاضل- العنف ضد المرأة- رسالة دكتوراه- كلية القانون - جامعة بغداد ٢٠٠٢.
١١٧. شعيان ابو عجيبة عصاره- المسؤولية الجنائية للطبيب عن استخدام الاساليب المستحدثة في الطب و الجراحة- دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه- كلية القانون جامعة بغداد ٢٠٠١.
١١٨. ضياء عبد الله عيود - الحق في سلامة الجسم ضماناً من ضمانات المتهم- دراسة مقارنة رسالة ماجستير في القانون العام- كلية القانون- جامعة بابل ٢٠٠٢.
١١٩. عارف علي عارف- مدى مشروعية التصرف بالأعضاء البشرية- دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه - كلية العلوم الإسلامية - جامعة بغداد ١٩٩١.
١٢٠. محمد مزوان علي - المصلحة المعتبرة في التجريم- رسالة دكتوراه - كلية القانون- جامعة الموصل ٢٠٠٢.

سابعاً: البحوث والدراسات

١٢١. د. صبري حمد خاطر- القانون والجين البشري- مجلة دراسات قانونية بيت الحكمة السنة ٣ العدد ٢٠٠١/٣.
١٢٢. د. ضاري خليل محمود - مبدأ التكامل في النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية- مجلة دراسات قانونية - بيت الحكمة- العدد الاول - السنة الاولى ١٩٩٩.
١٢٣. د. ضاري خليل محمود - في الاساس القانوني لباحة النشاط الطبي - مجلة العدالة- العدد ٤ - السنة الرابعة - ١٩٧٨.
١٢٤. د. ضاري خليل محمود- في الطبيعة القانونية للخطا الطبي- مجلة العدالة- الاعداد- ٤- السنة الثالثة ١٩٧٧.
١٢٥. د. عبد الوهاب عمر البطراوي - المسؤولية الجنائية للأطباء، دراسة مقارنة- الطبعة الرابعة- بحوث جنائية مقارنة بالفقه الاسلامي- قدمت المؤتمرات دولية ومحلية- المبحث الثالث عشر بدون دار نشر- ١٩٩٩.

١٢٦. د. عبد الوهاب عمر البطراوي - الاساس الفكري لمسؤولية الشخص المعنوي مدنيا وجنائيا - دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي - قدمت لمؤتمرات دولية ومحلية - المبحث العاشر - بدون دار نشر ١٩٩٩.

١٢٧. د. عمر فاروق الفحل - تحول الجنس بين الشريعة والقانون - مجلة المحامون السورية - الاعداد ١٠ و ١١ و ١٢ السنة ٥٣ - ١٩٨٨.

١٢٨. مات ريذني - الجينوم - السيرة الذاتية للنوع البشري - ترجمة د. مصطفى ابراهيم فهمي - عالم المعرفة - سلسلة كتب ثقافية شهرية - يصدرها المجلس الوطني للثقافة - الكويت - العدد ٢٧٥ - نوفمبر - ٢٠٠١.

١٢٩. د. محمد علي البار - بحث لوثة تحويل الجنس - المتاح على الموقع الالكتروني <http://WWW.Khayma.com> بتاريخ ٢٠٠٢/١١/٣.

١٣٠. محمد المحجوب الطريطر - بحث حول تغيير الجنس بين القوانين الوضعية والشريعة الاسلامية - مجلة المحامون السورية - العدد ٧ - ٨ - السنة ٢٠٠٢.

١٣١. د. محمد حمد خليف الحربي، ما هو رأي الدين في عملية تغيير الجنس - المتاح على الموقع الالكتروني <http://www.alsaa.com-sahat-foram> ١٩٩٨.

١٣٢. د. محمد يعقوب السعيد - نظرية الشخصية المعنوية - مجلة القضاء - العدد ٣ السنة ١٩٧٦/٣١.

١٣٣. د. موسى الخلف - العصر الجينومي - عالم المعرفة - سلسلة كتب ثقافية شهرية - يصدرها المجلس الوطني للثقافة - الكويت - العدد ٢٩٤ - يوليو - ٢٠٠٣.

١٣٤. د. نبيل نسوقي - التخنث هل هو مرض نادر بمصر - مجلة طبيبك - العدد ٣١٦ / ابريل / ١٩٩٥.

ثامنا: المراجع العلمية

١٣٥. ابراهيم النعمة - اخلاقنا والدمار - الطبعة الثالثة - مطبعة الزهراء الحديثة المحدودة ١٩٨٦.

١٣٦. د. علي كمال - الجنس والنفس في الحياة الانسانية - دار واسط - لندن - ١٩٨٦.

١٣٧. د. نوال السعداوي - الانثى هي الاصل - المؤسسة العربية للدراسات والنشر ١٩٧٤.

١٣٨. د. علي الامير - الجنس بين النفس والفلسفة - الجزء الاول - الطبعة الاولى - دار الشؤون الثقافية العامة - بغداد ٢٠٠٠.

١٣٩. د. علي الامير - الجنس بين النفس والفلسفة - الجزء الثاني - الطبعة الاولى - دار الشؤون الثقافية العامة - بغداد ٢٠٠٠.

١٤٠. فاطمة المرزباني - الجنس كهندسة اجتماعية بين النص والواقع - ترجمة فاطمة الزهراء زربول ونشر الفنك ١٩٩٦.

تاسعا: المراجع اللغوية

١٤١. احمد بن محمد بن علي الفيومي - المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي المتوفي سنة ٧٧٠هـ - الجزء الاول - تصحيح د. مصطفى السقا مطبعة مصطفى الباني الحلبي واولاده بمصر - بدون سنة طبع.

١٤٢. فؤاد افرام البستاني - منجد الطلاب - الطبعة الاولى - دار الشروق - بيروت - لبنان ١٩٨٦.

١٤٣. محمد بن ابي بكر الرازي - مختار الصحاح - مكتبة النهضة - ١٩٨٣

عاشرا: الندوات والدورات والفتاوى

١٤٤. ندوة الأمانة العامة لهيئة كبار علماء المسلمين - دورة المجلس التاسعة والثلاثون وقرار رقم ١٦٠ - مدينة الطائف - المملكة العربية السعودية في ١٧/٣/١٤١٣هـ.

١٤٥. مجلس مجمع الفقه الاسلامي لرابطة العالم الاسلامي - الدورة الحادية عشر - المنعقدة بمكة المكرمة - دورة بعنوان تحويل الذكر الى انثى وبالعكس بتاريخ ٢٠-٢٦/رجب/١٤٠٩هـ.

١٤٦. فتوى دار الافتاء المصرية رقم ١٦٨ بتاريخ ١١/٢/١٩٨٨.

حادي عشر: الدساتير والقوانين

١٤٧. الدساتير

- أ. دستور المملكة الاردنية الهاشمية لسنة ١٩٥٢.
- ب. دستور جمهورية العراق المؤقت لسنة ١٩٧٠.
- ت. الدستور الجزائري لسنة ١٩٧٦.
- ث. الدستور السويسري لسنة ٢٠٠٠.

١٤٨. القوانين

- قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩.
- قانون العقوبات الجزائري.
- قانون العقوبات الاردني.
- قانون العقوبات الليبي.
- قانون العقوبات المصري.
- قانون العقوبات اللبناني.
- قانون العقوبات الكويتي.

- قانون العقوبات العسكري العراقي رقم ٢٣ لسنة ١٩٤٠ وتعديلاته.
- قانون مكافحة البغاء العراقي رقم ٨ لسنة ١٩٨٨.
- قانون رعاية الاحداث رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٣.
- قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي ٢٣ لسنة ٧١.
- قانون نقابة الاطباء العراقي.
- قانون الصحة العامة العراقي.
- قانون الصحة الاردني رقم ٢١ لسنة ١٩٧١.
- قانون الآداب الطبية العامة اللبناني لعام ١٩٩٤.
- تعليمات السلوك المهني للأطباء رقم ٨١ لسنة ١٩٨١.
- القانون المدني العراقي.

ثاني عشر: المجلات والجرائد

- ١٤٩. مجلة القضاء والتشريع- الجمهورية التونسية- عدد يناير ١٩٩٤.
- ١٥٠. مجلة الديوان العدد / ١٧ السنة الثانية- ابريل ٢٠٠٢.
- ١٥١. الوقائع العراقية العدد ٣٩٥٧ بتاريخ ١٨/١١/٢٠٠٢ والعدد ٣٢٠٩ في ٢٣/٦/١٩٨٨.

باللغة الأجنبية

1. Arnold – Obstetrics by Ten Teachers-17 edition/2000.
2. Christoffel. Health and the law. New york 1982.
3. James e-Anderson. M.D. Grants Atlas of anatomy 8 edition- london- 1975-76.
4. John Macleod- Davidson's principles and practice of Medicine. 13 edition- Churchill livingstone- edinburgh london- Melbourn New York. 1981.
5. Strafgesetzbuch (SiGB) 15/mai/1871 (RGBi-s.127) 25/januar/1998 CBGB. i.i.s.164)No 228.
6. Suzanne j. kessler and Wendy Mekenna. Gender an Ethnomethodological Approach- Copyright by john wiley and sons. Newyork. 1978.

For the purpose of good understanding the subject I made a distinction between sex change and similar conditions to achieve dissimilarity sides and in order not to mix for the purpose of understanding the condition under study. These conditions are sexual abnormality, correction of human sex and hermaphrodite .

I discussed the laws, which permitted the act of sex change, also the laws, which prohibited it, and the Islamic low position, also it's point of view from this act, by verses from holly koran and honest speeches of our prophet.

I discussed the responsibility of physicians and persons alike and the moral responsibility represented in governmental and non-governmental hospitals (private) and responsibility of third party.

Also I discussed the legal and social paradoxes from the subjective, formal and executive point of views, also the social problems and effect on society.

All this done to show that the problem facing the societies is due to the change of moral values and these acts are leading to encourage exercising the prohibited sexual relations.

Finally I gave the results achieved in my study and recommendations. Also I required considering this study as a raw material to take into consideration until making a law that prohibit frankly these acts because of urge need for it and to protect our Islamic inherited human, moral and civilization.